Klauseln über den Schuldnerverzug in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Lieferanten unter besonderer Berücksichtigung der sogen. verarbeitenden Gewerbe

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Dieter Siepmann
aus Helmstedt

1964

Klauseln über den Schuldnerverzug in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Lieferanten unter besonderer Berücksichtigung der sogen. verarbeitenden Gewerbe

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Dieter Siepmann
aus Helmstedt

1964

1.Berichterstatter: Prof.Dr.Dr. Lukes

2.Berichterstatter: Prof.Dr.Westermann

Dekan: Prof.Dr.Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17.Juli 1964

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0008

Inhaltsübersicht

	Seite
1. Teil: Einleitung	1
§ 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen, Ursprung und Bedeutung	1
§ 2 Verzugsklauseln in AGB (die berücksichtigten Wirtschaftszweige)	2
2. Teil: Rechtsgültigkeitskontrolle von AGB und gesetzliche Verzugsregelung	4
§ 3 Die Prüfung der Rechtsgültigkeit von AGB	4
I Verschiedene Behandlung von gewöhnlichen Einzelverträgen und AGB-Verträgen	4
1) Die Richtigkeitskontrolle beim Einzelrechtsgeschäft	5
2) Die faktische Normenwirkung von AGB	6
II Von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelte Kontrollmöglichkeiten gegen unlautere AGB	9
1) Die Rechtsprechung des RG zu § 138 BGB	9
2) Treu und Glauben als Schranke von AGB	10
3) Gemeinschaftswidrigkeit, Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse und der Schutzgedanke des § 315 BGB	12
4) Das ius dispositivum als unmittelbare Schranke für den Inhalt von AGB	13
a) ‚Die ‚Richtigkeitskontrolle' als Prämisse des dispositiven Rechts	14
b) Das Prüfungsverfahren	15
5) Zusammenfassung	18
§ 4 Die gesetzliche Regelung des Schuldnerverzuges	20
3. Teil: Der Lieferungsverzug	23
A: Verhinderung des Verzugseintritts durch Hinausschieben des Fälligkeitszeitpunkts	23
§ 5 Der Beginn der Lieferfrist	24
§ 6 Lieferfristunterbrechung im Verlags- und Druckereigewerbe	26
§ 7 Die Lieferfristverlängerung	27

Seite

I Die Gattungsschuldeigenschaft der Verpflichtung des Lieferanten 27

II Die einzelnen Störungsereignisse 29

1) Die Betriebsstörungsklausel 30

a) Allgemeine Bedeutung der Betriebsstörungsklausel 30

b) Die Auslegungsmethode des RG 31

c) Die eigentliche Auslegung von AGB-Klauseln 33

d) Die Auslegung der Betriebsstörungsklausel: ‚Feuer, Sreik... Betriebsstörung vorbehalten' 33

e) Zur Rechtswirksamkeit der Klausel 35

aa) Die gesetzliche Regelung 36

bb) Vergleich mit der AGB-Abrede 39

2) Die ‚besondere' Betriebsstörungsklausel (‚Betriebsstörungen, welche eine rechtzeitige Lieferung unmöglich machen, berechtigen zu Fristverlängerungen') 43

3) Die ‚kombinierte' Betriebsstörungsklausel 47

a) Auslegung zu Lasten des Lieferanten 48

b) Zulässigkeit der Klausel 50

4) Höhere Gewalt 51

5) ‚Richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten' 52

6) ‚Lieferungsmöglichkeit vorbehalten' 57

7) ‚Lieferzeit freibleibend' 59

8) ‚Freibleibend vorbehaltlich Lieferungsmöglichkeit' 62

9) Einzelne Störungsereignisse 64

§ 8 Die Einhaltung der Lieferfrist betreffende Klauseln 66

§ 9 Anhang: Nichtverschulden des Lieferanten an der Verzögerung und Kollision von Forderungsrechten 68

B: Ausschluß der Verzugsfolgen 70

§ 1o Die Interessenverfolgung des Lieferanten in den Verzugsklauseln 71

I Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit 71

II Ausschluß jeglicher Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Lieferung 73

Seite

1) wenn der Unternehmer leitende Angestellte beschäftigt 75

2) wenn der Unternehmer den Betrieb allein leitet 77

3) Schadensersatzansprüche nur bei schriftlicher ‚Vereinbarung' 79

III Besondere Entschädigungsregelungen in Form der Pauschalisierung des Verspätungsschadens 80

§ 11 Die einseitige Bindung des Abnehmers an den Vertrag 84

I Die nicht befristete Hinausschiebung des Liefertermins 85

II Die vorbehaltlose Zuerkennung eines Rücktrittsrechts zu Gunsten des Lieferanten 87

III Kombination von Rücktritts- und Lieferfristverlängerungsrecht 90

IV Behinderungsklausel mit teilweisem Rücktrittsrecht 92

V Zur Angemessenheit der Fristverlängerung 93

§ 12 Teilunwirksame Verzugsklauseln am Beispiel der allgemeinen Freizeichnungsklausel 96

I Teil- und Gesamtnichtigkeit von AGB 97

II Unwirksamkeit des Gesamtvertrages, des AGB- Komplexes oder einzelner AGB ? 98

§ 13 Verzugsklauseln, die sich an § 326 BGB orientieren 100

I Auf § 326 BGB verweisende Klauseln 100

1) Besonderheiten hinsichtlich der Einhaltung der Nachfrist 101

2) ‚Rechtzeitige Meldung der Versandbereitschaft steht der pünktlichen Lieferung innerhalb der Nachfrist gleich' 103

3) Nachfristsetzung erst nach Lieferfristablauf 103

II Antizipierte Festlegung einer minimalen Nachfrist 104

III Die Verzugsautomatik des § 6 EB der Textilindustrie 105

Seite

1) Der Sinn der Bestimmung 106
2) Das rechtliche Wesen der Verzugsautomatik 106
a) Die Automatik als handelsrechtliches Fixgeschäft ? 107
b) Zum terminierten Liefergeschäft 108
c) Die Automatik als bedingtes Rücktrittsrecht des Verkäufers ? 108
d) Die Automatik als bedingtes Rücktrittsrecht des Käufers ? 111
e) Die Automatik als Bedingung 113
3) Die Zulässigkeit der Automatikklausel 114

§ 14 Einzelne besondere Verzugsklauseln 116

§ 15 Der Zeitpunkt der Geltendmachung der Rechte des Lieferanten 121

4. Teil: Der Zahlungsverzug 123

§ 16 Der Verzugseintritt 124

I Verzugseintritt ohne Mahnung 124
1) Vertragliches Absehen vom Mahnungserfordernis 125
2) Das Vertretenmüssen der Verzögerung 126
II Zahlungsfristen als Ausschlußfristen 127

§ 17 Verzugszinsen 129

§ 18 Die Fälligkeitsklausel 130

I Die Fälligkeitsklausel, wenn der Käufer kein Kaufmann ist 131
II Die Fälligkeitsklausel bei zweiseitigen Handelsgeschäften 135

§ 19 Die Rücknahmeklausel 137

I Die Rücknahmeklausel in zweiseitigen Handelsgeschäften 137
II Unzulässigkeit der Klausel bei einseitigen Handelsgeschäften 139

§ 20 Die ‚Verwertungsklausel' 140

Seite

I Die Verwertungsklausel im Vergleich zu ähnlichen Gesetzesregelungen (§§ 326 BGB, 373 HGB) 140

II Die rechtliche Wertung der Klausel 142

§ 21 Die Zahlungsverzugsklausel für Abzahlungsgeschäfte mit Nichtkaufleuten 144

I Die Gebrauchsüberlassungsvergütung nach der AGB- und der gesetzlichen Regelung 145

II Der Ersatz für Beschädigungen und Wertminderungen 148

III Vergleich der gesetzlichen Rechte des Käufers nach dem AbzG und nach der AGB-Regelung 149

IV Der Verzicht des Käufers auf die Einrede nach § 811 Ziff.5 ZPO 151

§ 22 Zahlungsverzugsklauseln, die sich an § 326 BGB orientieren 152

I Rücktritt des Verkäufers ohne Nachfrist 152

II Vorbehalt von Rechten im Hinblick auf alle laufenden Verträge 153

1) Rücktrittsrechte hinsichtlich aller laufenden Verträge 154

2) Ansprüche auf Schadensersatz hinsichtlich aller laufenden Verträge 156

§ 23 Einzelne Zahlungsverzugsklauseln 159

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Asch, Adolf	Die Ansprüche des Abzahlungskäufers im Falle seines Vertragsrücktritts, Gruch. Beitr. 73,1 ff.
Aubele, Raimund	Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte 2. Aufl., Köln 1951
Ballerstedt, Kurt	Zur Lehre vom Gattungskauf, Festschrift für Nipperdey, S. 261-282 München und Berlin 1955
	Der Einfluß des Wirtschaftsrechts auf die zivilrechtliche Dogmatik, Referat auf der Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer 1951 in Bad Kreuznach, siehe Tagungsbericht von Baur, JZ 51,733
Baumbach-Lauterbach, Bearb.:Wolfgang Lauterbach	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 26.Aufl., München und Berlin 1961
Baur, Fritz	Tagungsbericht über die Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Kreuznach 1951, JZ 51,733 Bad Dürkheim 1955, JZ 55,714 ff.
Benkard, Georg	Zur Geltung der Allgemeinen deutschen Spediteurbedingungen, BB 53, 782 ff.
Bernhardt, Wolfgang	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 1942, 1171
Bettermann, Karl-August	Mieterschutz und Vertragsfreiheit, JZ 54, 461
Brobowski, Paul	Liefervertrag und Lieferbedingungen Karlsruhe 1956
Brandt, Hans	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogen. ‚dispositive Recht', DRW 40,76 ff.
von Brunn, Johann-Heinrich	Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft 2. Aufl., Köln, Berlin 1956
	Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, NJW 51,103 ff.
Bundschuh	Die Bedeutung der sogen. Kriegsklausel bei Lieferungsverträgen, DJZ 1915,272
von Caemmerer, Ernst	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und BGH, JZ 53,97
Carlebach, Alfred	Die außervertragliche Haftung des Spediteurs und Frachtführers, JW 22,88 ff.

Clauss, Karl	Zur Auslegung unklarer allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 54, 905
Clemm, Hermann	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des westdeutschen Kfz.-Handels unter besonderer Berücksichtigung der Abzahlungsverkäufe, Diss. Würzburg 1960
Coing, Helmut	Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rspr. des RG zum Begriff der guten Sitten, NJW 47/48,213 ff.
Crisolli,Karl August	Abzahlungsgesetz 5. Aufl., Berlin 1958
Danielcik, Peter	Gewährscheine in allgemeinen Vertragsbedingungen, JW 36,2041 ff.
de Boor, Hans Otto	Die Kollision von Forderungsrechten Berlin 1928
Dietz, Konstantin	Die allgemeinen Lieferbedingungen des Wollhandels unter besonderer Berücksichtigung des Eigentumsvorbehalts Diss. Würzburg 1957
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch (Kommentar) IV. Band; Bearb.: James Breit, Viktor Hoeniger, Alfred Werner V. Band; Bearb.: James Breit, Viktor Hoeniger 3. Aufl., Mannheim,Berlin,Leipzig 1932
Eilles	Auslegung und Anwendung subjektiven Privatrechts, ZZP 62,1 ff.
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band, Allgemeiner Teil, Bearb.: Hans Carl Nipperdey 15. Aufl., Tübingen 1959 II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, Bearb.: Heinrich Lehmann 15. Aufl., Tübingen 1959
von Erkelenz, C.	Lieferbedingungen der Industrie im Kampf der Meinungen, ZAkDR 40,367
Erman, Walter	Handkommentar zum BGB 3. Aufl., Münster 1962
Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Exner, Adolf	Der Begriff der höheren Gewalt im römischen und heutigen Verkehrsrecht, GrünhutsZ 10,497 ff.
Fischer, Robert	Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 57,481

Flume, Werner	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages) Karlsruhe 1960
Geßler-Hefermehl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bearb.: Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, 2. Band 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1953
Gierke, von, Julius	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 8. Aufl., Berlin 1958
Gierke,von, Otto	Deutsches Privatrecht, 1. Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht Leipzig,1895
Großmann-Doerth, Hans	Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933
Hamann, Andreas	Aus der neuesten Rechtsprechung zu den AdSp, BB 50,831 ff.
	Über die Verbindlichkeit der AdSp, MDR 49,209 ff.
Hase, Horst	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie, Borna 1938
Haupt, Günther	Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAkDR 43,84 ff.
Haus, Rudolf	Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen, Bonn 1936
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts 1. Aufl., Tübingen 1929
Herrmann, Hans	Eingedämmte Generalklauseln, JZ 55,183 ff.
Herschel, Wilhelm	Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 42,753 ff.
Hildebrandt, Wolfgang	Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 55,325
Hörle	Abzahlungsgeschäfte, Gruch.Beitr. 55,177 ff.
Hub, Helmut	Kommentar zu den Einheitsbedingungen der deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie 2. Aufl., Dettingen 1961
Huber, Ernst-Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band 2. Aufl., Tübingen 1953
Hueck, Alfred	Der Sukzessivlieferungsvertrag München 1918

Hueck, Alfred	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht München 1947
	Müssen die durch den Krieg unterbrochenen Lieferungsverträge später erfüllt werden ? DJZ 1915,815
Hurst, Werner	Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden ? Diss. Köln 1958
Janka, Fritz	Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft. Was muß der Käufer für Gebrauch und Abnützung zahlen ? BB 50,10
Karau, Werner	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Elektroindustrie.(Ein Beitrag zur Lehre vom Geschäftsbedingungswesen) Diss. Tübingen 1951
Kaufmann	Wann ist die Frist des § 326 BGB angemessen ? DJZ 08,1100
Klauss, Herbert	Abzahlungsgeschäfte Stuttgart und Köln 1950
Köderitz, Erich	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen Bauwesen. (Unter besonderer Berücksichtigung der Verdingungsordnung für Bauleistungen) Diss. Würzburg 1955
Köhler, Walther	Die Generalklauseln im Neuaufbau des deutschen Bürgerlichen Rechts, SJZ 46, 165 ff.
Koch, Arwed	Allgemeine Lieferungs- und Geschäftsbedingungen, DR 1944, 166
Krause, Hermann	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 55, 265
	Schweigen im Rechtsverkehr, Beiträge zur Lehre vomBestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung 1. Aufl., Marburg 1933
Kreß, Hugo	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts München 1929
Krischer, Fritz	Die Gefahren Allgemeiner Geschäftsbedingungen und ihre Bekämpfung Diss. Erlangen 1934
Krückmann, Paul	Einmal unmöglich immer unmöglich, LZ 1916, 712
Kurtenbach, Heinz-Peter	Die Lieferungsbedingungen in der Textilindustrie Diss. Köln 1953

Lange, Heinrich	Vom alten zum neuen Schuldrecht Hamburg 1936
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts 1. Band, Allgemeiner Teil 6. Aufl., München und Berlin 1963
	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln 3. Aufl., München und Berlin 1963
Laufke, Franz	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Referat auf der Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Dürkheim 1955. Siehe Tagungsbericht von Baur, JZ 55,714
	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Filmwirtschaft unter Berücksichtigung der Generalklauseln, Schriftenreihe der Ufita, H 23, Baden-Baden 1962
Lehmann, Heinrich	Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs 14. Aufl., Berlin 1963
Leibold, Helmut	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Gemüse und Obst unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinien für Geschäftsbedingungen beim Verkehr mit Obst und Gemüse Diss. Würzburg 1958
Leonhard, Rudolf	Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München und Leipzig 1929
Löwenstein I	Die Bedeutung der Kriegsklausel in Lieferungsverträgen, JW 1914,948
Lukes, Rudolf	Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959
	Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin 1959
	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Jus 1961, 301
	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 63,1897 ff.
Marx, Otto	Zur Auslegung des § 326 BGB, JW 1924,1584
Matthiessen	Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen ? DGWR 38,213
Meeske, Helmut	Die ‚Unterwerfung' unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 59, 857 ff.

Michel, Ulrich	Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932
Motive	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1. Band, Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig 1888
Mroch, Karl-Eegbert	Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
Nastelski, Karl	Zulässigkeit und Wirkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 55,212 ff.
Nipperdey, Karl	Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 50,193 ff.
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Buch, Recht der Schuldverhältnisse 5. Aufl., Berlin 1928
Oßwald	Auslegung der Kriegsklausel in Lieferungsverträgen, JW 1915,202 und 229
Pagenstecher, Max	Sittenwidrige Lieferungsbedingungen 2. Aufl., Marburg 1944
	Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, DR 43,976
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 23. Auflage, München und Berlin 1964
Planck,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Band, 1. Hälfte, Bearb.: Heinrich Siber, 4. Aufl., Berlin 1914
Plum	Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW 1916,1359
Prost, G.	Über die Autonomie, NJW 55,1463
Raiser, Ludwig	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2. Aufl., Bad Homburg v.d.H. 1961
Reiche	Nochmal die Kriegsklausel in Lieferungsverträgen, JW 1914,903
Ritter, Karl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2.Aufl., München und Berlin 1932
Roquette, Hermann	Die Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Geschäftsbedingungen, JW 38,545
Rutz, Ottmar	Die Wesensverschiedenheit von Verjährung und gesetzlicher Befristung, AcP 101,435

Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH 1.Band, 1.Teil, Bearb.: Johannes Dennecke, Kurt Herbert Johannsen, Wilhelm Kregel, Gerda Krüger-Nieland 11. Aufl., Berlin 1959
	1.Band, 2.Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Bearb.: Robert Fischer, Otto Löscher, Karl Nastelski, Günther Wilde 11. Aufl., Berlin 1960
	2.Band, 1.Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, Bearb.: Johannes Dennecke, Georg Kuhn, Erich Pritsch, Günther Wilde 11. Aufl., Berlin 1960
	2.Band, 2.Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, Bearb.: Robert Fischer, Karl Haager, Friedrich Kreft, Georg Kuhn, Georg Scheffler 11. Aufl., Berlin 1960
	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III.Band, Bearb.: von Godin 2. Aufl., Berlin 1953
	IV.Band, Bearb.: Hans Würdinger, Dieter Brüggemann, 2. Aufl., Berlin 1961
Rühl, Helmut	Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließlich des Rechts der Teilfinanzierung, Berlin 1930
Samter, Karl	Kommentar zum Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 10.5.1894 Berlin 1927
Sandrock, Otto	Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP 159,481 ff.
Schlegelberger	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III.Band Bearb.: Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, 3.Aufl., Berlin und Frankfurt 1956
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
Schmidt-Rimpler, Walter	Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955
Schneider, Dieter	Die Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, NJW 1954,133 ff.

Schreiber, Otto	Rechtsfragen des deutschen Exporthandels nach Friedensschluß, DJZ 1915,1176
	Zum künftigen Reichsgesetz über die Reichshandelskammern, RuW 1920,101
Schumann, Hans	Handelsrecht, 1.Band: Handelsstand Wiesbaden 1954
Sebba, Julius	Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen für die Wirtschaft Leipzig 1931
Senkpiehl	Geltung der BBM (Beförderungsbedingungen für den Möbelverkehr b.z.w. Möbelfernverkehr), MDR 51,648 ff.
Sieg, Karl	Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts, AcP 151,46 ff.
Sitzungsbericht	über das Streitgespräch vom 7.9.1955 in: Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages, Berlin 1955
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Band, Bearb.: Wolfgang Siebert, Seydel, Wolfgang Hefermehl, Mezger, Schulte von Lasaux, Reimer Schmidt, 9. Aufl., Stuttgart 1959
Staadecker	Die Kriegsklausel in Lieferungsverträgen, JW 1914,848
Starke	Kriegsklauseln in Lieferungsverträgen, LZ 1915,668
Staubs	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4.Band, Bearb.: Eduard Heinichen, Wilhelm Gadow, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit EG und Nebengesetzen, I.Band, Allgemeiner Teil, Bearb.: Franz Brändel, Helmut Coing, 11. Aufl., Berlin 1957
	II.Band, 2.Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Bearb.: Fritz Kiefersauer, Fritz Ostler, Hermann Riedel, 11. Aufl., Berlin 1955
	II.Band, Teil 1b, Recht der Schuldverhältnisse, Bearb.: Wilhelm Weber, 11. Aufl., Berlin 1961
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2 Bände, Bearb.: Friedrich Stein, Martin Jonas, Adolf Schönke, Pohle, 18.Aufl., Tübingen 1956
Stoll, Rudolf	Die Lehre von den Leistungsstörungen Tübingen 1936

Thiesing, Norbert	Erläuterungen zu den Einheitsbedingungen der deutschen Textilindustrie i.d.F. vom 2.9.1943 unter Berücksichtigung der Empfehlungen der Spitzenverbände der Textilwirtschaft vom 19.7.1950 und 1.6. 54, Köln 1957
Titze, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse 4. Aufl., Berlin,Göttingen,Heidelberg 1948
Warneyer, Otto	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Band, Tübingen 1923
Wegner, Elmar	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Buchdruckergewerbes. Unter besonderer Berücksichtigung der Leistungsstörungen Diss. Würzburg 1959
Wendt	Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, AcP 42,1 ff.
Wolf, Ernst	Anleitung zur Lösung zivilrechtlicher Fälle, Jus 63, 101
Wolgast, Herbert	Folgerungen aus der besonderen Rechtsnatur der AdSp, BB 54,675

Nachtrag:

Eilles	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte, DGWR 41,121 ff.
Manigk, Alfred	Das rechtswirksame Verhalten. Systematischer Aufbau und Behandlung des Bürgerlichen und Handelsrechts 1. Aufl., Berlin 1939

Abkürzungsverzeichnis

Es werden die gebräuchlichen Abkürzungen verwandt, sowie die folgenden:

AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AdSp	Allgemeine deutsche Spediteurbedingungen
BB	Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BGH(Z)	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
DGWR	Deutsches Gemeinde- und Wirtschaftsrecht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRiZR	Rechtsprechung, Beilage zur Deutschen Richterzeitung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
EB	Einheitsbedingungen der deutschen Textil- u. Bekleidungsindustrie
GruchBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentliches Recht der Gegenwart
HansGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LZ	Leipziger Zeitschrift
LZB	Landeszentralbank
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht. (Wenn ohne Städtenamenzusatz: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts)
OSchG	Entscheidungen der Oberschiedsgerichte für das Tuchgewerbe
Recht	Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RG(Z)	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RuW	Recht und Wirtschaft
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Th-Anl.	Thiesing Anlage
TSG	Tuchschiedsgericht für das Tuchgewerbe
VglO	Vergleichsordnung
WarnRspr	Warneyer, Rechtsprechung des RG in Zivilsachen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§§ ohne Gesetzesbenennung verstehen sich als solche des BGB

1. Teil: Einleitung

§ 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen, Ursprung und Bedeutung

Das 19. Jahrhundert ist das Zeitalter der Industrialisierung. War das Wirtschaftsleben vorher im wesentlichen von der Landwirtschaft und kleineren Handwerksbetrieben bestimmt, so bahnte sich ab etwa 1830 ein bislang nie gekannter Aufschwung des wirtschaftlichen Lebens an, der zur modernen Massenproduktion führte. Die Standartisierung der Warengüter bewirkte, daß den Verträgen, die über diese Waren abgeschlossen wurden, stets derselbe Sachverhalt zugrunde lag. Das Rationalisierungsstreben der Wirtschaft richtete daher naturgemäß sein Augenmerk darauf, für die Vielzahl der einzelnen Verträge einen einheitlichen Vertragstypus zu schaffen. Es entstanden die AGB. Das Wesen der AGB liegt darin, daß sie für eine unbestimmte Vielzahl von Einzelrechtsgeschäften die sonst jeweils notwendigen individuellen Vertragsgestaltungen zugunsten einer einheitlich geltenden Vertragsordnung ersetzen [1]. Aber nicht nur Vereinfachungs- und Rationalisierungsbestrebungen der modernen Massenwirtschaft führten zu den AGB in der heutigen Form. Vielmehr bauten die Aufsteller der AGB diese zu einem einseitig die Belange des Verkäufers berücksichtigenden Vertragsschema aus. Insbesondere wurde immer wieder versucht, die von dem Unternehmer nach der gesetzlichen Regelung zu tragenden Risiken der Vertragserfüllung auf den Abnehmer abzuwälzen. Diesem Zweck dienen die Freizeichnungsklauseln, in denen z.B. die gesetzliche Haftung des Verkäufers für Schlechtlieferung oder verspätete Lieferung ausgeschlossen werden oder die Schadensersatzpflicht auf einen Höchstbetrag begrenzt wird. Ausdruck einseitiger Machtverfolgungstendenzen sind dabei auch immer Verfall- und Verwirkungsklauseln oder Ausschlußfristen, die die dem Käufer nach der gesetzlichen Regelung zustehenden Rechte entweder ganz ausschließen oder doch in erheblichem

---

1) Enn.-Lehmann § 163 VI; Karau S.10 mit weiteren Schrifttumsangaben

Maße beschneiden. So sind die AGB neben ihrem begrüßenswerten Rationalisierungszweck zu einem Machtmittel in der Hand des Unternehmers geworden, mit dem er oft genug in krassem Egoismus den der gesetzlichen Dispositivregelung zugrunde liegenden Gerechtigkeitsgedanken in sein Gegenteil verkehrt.

§ 2 Verzugsklauseln in AGB (die berücksichtigten Wirtschaftszweige)

Reichlichen Nährboden finden jene Machtverstärkungstendenzen der Aufsteller von AGB bei der Regelung des Verzuges, knüpft doch das Gesetz an den Verzug meist recht scharfe Rechtsfolgen, die die Lieferanten im Falle des eigenen Lieferungsverzuges auszuschließen und im Falle des Zahlungs- und Abnahmeverzuges des Käufers noch zu verstärken suchen.
Die Dissertation befaßt sich in ihren zwei Hauptteilen (Teil 3 - 4) mit Verzugsklauseln, die von der Seite der Lieferanten aufgestellt sind, da sich bei der Sichtung und Auswahl der in den berücksichtigten Wirtschaftszweigen immer wieder vorkommenden AGB zeigte, daß in aller Regel die AGB von der Verkäuferseite stammen.
In die sogenannten verarbeitenden Gewerbe haben Verzugsklauseln besonders großen Eingang gefunden. Dies mag darin seinen Grund haben, daß die meisten, täglich abgeschlossenen Kauf- und Werklieferungsverträge in den Bereich dieser Gewerbe fallen, und bei jenen Verträgen ihrer Natur als Warenumschlagsverträge entsprechend ein starkes Bedürfnis besteht, für den Fall des Verzuges eine besondere Regelung zu treffen. So sind die AGB der verarbeitenden Gewerbe auch am häufigsten Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen geworden [1]. Die Dissertation hat sich aus diesen Gründen auf die Darstellung von Verzugsklauseln der verarbeitenden Gewerbe beschränkt.

---

1) vgl.z.B. Hub, Komm.z.d.Einheitsbedingungen der Textil- und Bekleidungsindustrie; Karau, Die AGB der Elektroindustrie, Diss. Tübingen 1959; Leibold, Die AGB im Verkehr mit Obst und Gemüse, Diss. Würzburg 1958; Wegner, Die AGB des Buchdruckergewerbes, Diss. Würzburg 1959

Hierbei handelt es sich um folgende Wirtschaftszweige [1]:

I. Eisen- und NE-Metallerzeugung und -verarbeitung

1) Eisenschaffende Industrie einschl. Kaltwalzwerke und Eisen-, Stahl- u. Tempergießereien
2) Stahlbau (einschl. Waggonbau)
3) Maschinenbau (einschl. Lokomotiv- u.Ackerschlepperbau)
4) Schiffsbau
5) Straßen- u. Luftfahrzeugbau
6) Elektrotechnik
7) Feinmechanik und Optik
8) Eisen-, Stahl-, Blech- u. Metallwarengewerbe
9) NE-Metallindustrie

II. Verarbeitende Gewerbe (ohne Eisen- u.NE-Metallverarbeitung)

11) Mineralölverarbeitung u.Kohlenverwertstoffindustrie
12) Chem. u. Pharmazeutische Industrie
13) Gummi- u. Asbestverarbeitung
14) Feinkeramische u. Glasindustrie
15) Holzbe- und -verarbeitung
16) Papiererzeugung und -verarbeitung,Druckereigewerbe
17) Ledererzeugung und -verarbeitung
18) Textil- und Bekleidungsgewerbe
19) Nahrungs- u. Genußmittel
20) Brauereien u.Mälzereien, Wein, sonstige Getränke
21) Herstellung von Musikinstrumenten, Spielwaren, Turn- u.Sportgeräten, Schmuckwaren, Bearbeitung von Edelsteinen

Die Dissertation behandelt den Lieferungs- und den Zahlungsverzug, wobei die Klauseln zum Lieferungsverzug wegen ihrer größeren Bedeutung besonders eingehend untersucht werden. Auf eine Darstellung des Abnahmeverzuges wird verzichtet, weil AGB, die den Abnahmeverzug des Bestellers behandeln, im Verhältnis zu Lieferungs- und Zahlungsverzugsklauseln selten sind. Die für die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit der einzelnen Verzugsklauseln notwendigen allgemeinen Maßstäbe der Rechtsgültigkeitskontrolle behandelt die Dissertation in ihrem 2. Teil.

---

1) Brancheneinteilung nach dem Handbuch der Großunternehmen

2. Teil: Rechtsgültigkeitskontrolle von AGB u. gesetzliche Verzugsregelung

§ 3 Die Prüfung der Rechtsgültigkeit von AGB

Die zentrale Frage dieser Arbeit ist die Frage nach der Rechtsgültigkeit von Verzugsklauseln in AGB von Warenlieferanten. Zu ihrer Beantwortung ist es unerläßlich, Maßstäbe für die Abgrenzung der Rechtswirksamkeit und Unzulässigkeit zu finden. Die Inhaltsbeschränkung von AGB ist eines der berühmtesten Probleme in der wissenschaftlichen Behandlung von AGB [1]. Sinn dieser Arbeit kann es nicht sein, nach Möglichkeiten zu suchen, die u.U. de lege ferenda zu -wirksameren- Rechtsgültigkeitsmaßstäben beitragen könnten, wie etwa Inhaltskontrollen seitens des Staates oder der beteiligten Interessengruppen [2]. Für das angedeutete Zentralproblem kann nur bedeutsam sein, bis zu welcher Grenze Verzugsklauseln inhaltlich gestaltet werden dürfen, um den z.Z. geltenden gesetzlichen und den von Rspr. und Rechtslehre entwickelten Grundsätzen zur Frage der Rechtsgültigkeit von AGB zu genügen.

I Verschiedene Behandlung von gewöhnlichen Einzelverträgen und AGB-Verträgen

Übereinstimmung besteht im wesentlichen zunächst darin, daß bei gewöhnlichen Einzelverträgen und ‚AGB-Verträgen' nicht die gleichen Abgrenzungskriterien verwandt werden können. Eine abweichende Meinung vertreten nur Brandt und von Brunn[3], die das Problem des Ausschlusses von dispositivem Recht durch AGB für die Fälle der gewöhnlichen Einzelverträge und den den AGB unterstehenden Verträgen gleich behandelt wissen wollen. Diese Ansicht scheint zunächst die richtige zu sein, denn was im ‚AGB-Vertrag' unzulässig ist, weil es ein Verstoß gegen das geltende Recht darstellt, scheint auch für den Einzelvertrag

---

1) vgl.z.B.Enn.-Nipperdey § 49 III; Lukes Festschr.S.479; Larenz S. 93; Raiser S. 282; Mroch S.25; Großmann-Doerth S.26; von Brunn S. 117
2) vgl. dazu Lukes, Festschr. S.463 u. Jus 61,307;Mroch S.28 ff.
3) Brandt S.84; v.Brunn S.99;vgl.auch Klausing DNotZ 1936,446 ff.

ein unzulässiger Vertragsbestandteil sein zu müssen. Soll es einen Unterschied machen, ob ein Vertragsangebot durch AGB-Formular oder durch mündliche Erklärung gemacht wird, fragen die Vertreter dieser Meinung. Die weitaus h.M.macht dagegen zu Recht einen Unterschied zwischen gewöhnlichen Individualverträgen, bei denen die Bedingungen des Vertrages von den gerade beteiligten Vertragsparteien frei ausgehandelt werden, und solchen, deren Vertragsinhalte von dem wirtschaftlich Stärkeren für eine unbestimmte Vielzahl von Einzelrechtsgeschäften vorformuliert werden [1].

1) Die Richtigkeitskontrolle beim Einzelrechtsgeschäft

Im Einzelvertrag ist es grundsätzlich möglich, alle dispositiven Vorschriften, die überhaupt auf den zu regelnden Sachverhalt Anwendung finden können, durch Parteivereinbarung außer Kraft zu setzen. Die Grenze der Rechtmäßigkeit bilden allein § 134 und § 138 BGB. Ein Rechtsgeschäft ist nur dann nichtig, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Ein Sittenverstoß liegt dann vor, wenn das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Motiv und Zweck gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt [2]. Angesichts der fast unübersehbaren Rechtsprechung zu § 138 lassen sich etwa folgende Gruppen unsittlicher Geschäfte bilden:

a) Geschäfte, die allein durch ihren Inhalt ihr unsittliches Gepräge erhalten, weil sie auf einen unsittlichen Erfolg gerichtet sind [3];
b) Geschäfte, die eine übermäßige Bindung des Geschäftspartners bedeuten oder bei dem ein unzulässiges Bindungsmittel verwandt wird [4];
c) Geschäfte, die eine Vertragspflicht mit einem Gegenvorteil verknüpfen, wobei das sittliche Empfinden die Verknüpfung als verwerflich ablehnt;

---

1) Lukes Kartellvertrag S.233; Ballerstedt in Tagungsbericht von Baur JZ 51,733 ff.; Mroch S.14; Nastelski DRiZ 55,214; Flume, 100 Jahre deutsches Rechtsleben, S.170
2) Lehmann S.186; vgl.auch BGH VersR 1963,46,47; RGZ 56,231; 114,338; 154,108
3) RGZ 79,279; 81,91
4) RGZ 128,257; 152,251; 165,15; BGH 19,18 und 93

d) schließlich Verträge, wodurch der wirtschaftlich Stärkere bewußt die Lage des wirtschaftlich Schwächeren ausnutzt [1].

Diese einzelnen Fallgruppen lassen erkennen, daß ein Sittenverstoß an enge Voraussetzungen geknüpft ist. Indessen besteht beim Einzelvertrag kein zwingender Grund, von der Vorschrift des § 138 abzugehen und die Ungültigkeit einer Parteivereinbarung schon bei Vorliegen weniger gewichtiger Gründe anzunehmen. Der Grund liegt darin, daß bezüglich des Einzelgeschäftspartners keine besonderen Schutzvorschriften nötig sind, hat er doch in aller Regel aus freien Stücken dem Vertragsvorschlag seines Partners zugestimmt. Bei den gewöhnlichen Einzelverträgen besteht noch eine ‚Richtigkeitskontrolle', die durch das gegenseitige Aushandeln der Vertragsbedingungen gegeben ist [2].

2) Die faktische Normenwirkung von AGB

Diese ‚Richtigkeitskontrolle' besteht infolge der Beschränkung der Vertragsfreiheit des sozial schwächeren Abnehmers [3] bei den AGB-Verträgen nicht. Deshalb -damit begnügt sich die h.m.i.a.- erfordere die Gefährdung des Interessenkreises des meist viel schwächeren Geschäftspartners ein entsprechendes Korrelat, welches nur dadurch verschafft werden könne, daß man strengere Maßstäbe an die Rechtsgültigkeit der auf AGB beruhenden Verträge anlege, als es bei gewöhnlichen Einzelverträgen nötig wäre [4]. Eigentlicher Grund für die Andersbehandlung ist z.T. die starke Verwandtschaft der AGB mit dem Gesetz [5].
Nach h.M. sind die AGB zwar keine Rechtsnormen [6], sie haben

---

1) RGZ 90,181; 93,107; 103,37; RGJW 1912 47 Nr.3;RGZ 150,1
2) Staudinger-Nipperdey § 701 Anm.39; Schmidt-Rimpler in Festschr.f.Nipperdey S.10 spricht von ‚Richtigkeitsgarantie'; Enn.-Nipp. § 163 VI 4; Larenz,Schuldrecht I, S.95; Krause BB 55,268
3) vgl. hierzu Bettermann JZ 54, 461 ff.
4) vgl. Krause BB 55, 268; v.Caemmerer JZ 53,99; Raiser S.102; Esser, S. 39
5) v.Erkelenz ZAkDR 40,367
6) vgl.etwa BGH 17,1; OLG Düsseldorf BB 1955,6; BGH BB 59,268 zu den AdSp; Lukes,Kartellvertrag S.16; Esser S.42; v.Brunn S.68 ff.; Hamann MDR 49,210;Benkard BB 53,782; a.A.Bernhardt DR 1942,1171; Herschel in DR 1942,753; vgl. auch Senkspiel MDR 51,650; Eilles ZZP 62,10; Huber S.365,366

jedoch starke Ähnlichkeit mit ihnen [1]. Gegen den Rechtsnormencharakter sprechen insbesondere 3 Erwägungen:

a) Der Annahme eines Gewohnheitsrechts würde die fehlende Voraussetzung der allgemeinen Rechtsüberzeugung entgegenstehen.

b) Der Annahme der Eigenschaft als gesetztes staatliches Recht steht die verfassungsmäßig garantierte Teilung der Gewalten entgegen. Das Setzen von Recht ist ausschließlich gewissen verfassungsmäßig vorgesehen Organen zugewiesen.

c) Eine Rechtsetzungsbefugnis könnte sich daher allenfalls noch aus einer Übertragung der staatlichen Rechtsetzungsbefugnisse herleiten lassen -das ist grundsätzlich möglich, siehe z.B. Artikel 71 GG und die Tarifvertragsregelung aufgrund des TVG v.9.4.49-. Eine solche Autonomie ist den Wirtschaftsgruppen aber nie vom Staat verliehen worden [2]. Die Rechtsnormeneigenschaft der AGB läßt sich auch nicht aus dem Gedanken einer originären Verbandsautonomie herleiten [3]. Diese von Otto von Gierke vertretene Theorie der originären Verbandsautonomie steht mit der heute h.M., daß jede Autonomie vom Staat abgeleitet sein muß, nicht mehr im Einklang [4]. Die Autonomie der AGB-Aufstellung kann auch nicht aus einer Übertragung der jedem Rechtssubjekt verliehenen Privatautonomie erklärt werden [5]. Eine solche Übertragung würde eine entsprechende Willenserklärung des Vertragsschließenden erfordern. Dem bloßen geschäftlichen Tätigwerden bei Abschluß eines Vertrages kann ein solcher Wille nicht entnommen werden [6], so daß also auch aus diesem Gesichtspunkt die Rechtsnormeneigenschaft der AGB abgelehnt werden muß.

Gleichwohl kann die Ähnlichkeit der AGB mit den Rechtsnormen nicht geleugnet werden. Mehrfach hat das RG ausgesprochen,daß AGB ähnlich wie Gesetze auszulegen sind [7]. AGB werden als generelle Normen unabhängig vom Einzelvertrag objektiv nach

---

1) vgl. Wolgast BB 54, 675; Meeske BB 59, 860
2) siehe auch BGH 17,1 ff.; Meeske BB 59, 859
3) Otto von Gierke S. 119,120,150
4) Lehmann S.10; Lukes, Kartellvertrag S.16; Prost NJW 55, 1464; Sieg AcP 151, 255
5) Lukes, Kartellvertrag S. 17
6) z.B. RGZ 170, 240 ff.; 171, 48 ff.

Gruppeninteressen ausgelegt [1]. AGB sind -wie Gesetze- revisibel [2], und sie haben eine über das Einzelgeschäft hinausgehenden generellen Charakter [3].
Diese Verwandtschaft mit dem Gesetz hat für den Unternehmer mehr Vorteile als Nachteile im Gefolge. Ein besonderer Vorteil liegt für den Unternehmer darin, daß nur geringe Anforderungen an die Gültigkeit der Einbeziehung der AGB in den Vertrag gestellt werden -das gilt insbesondere für die sogen. verkehrstypischen Bedingungen des Bank- und Speditionsgewerbes [4]. Wenn man nunmehr von der Praemisse ausgeht, die AGB seien keine gewöhnlichen Vertragsbestandteile, sondern hätten aufgrund ihrer faktischen Normenwirkung [5] Eingang in den Vertrag gefunden, so ist es ein Gebot der Gerechtigkeit, daß diese ‚Fremdkörper' in unserem Vertragsrecht auch in vollem Umfang -Nachprüfung der Rechtsgültigkeit- ihren eigenen Regeln unterstellt werden. Daß die Praemisse -Eingang in den Vertrag aufgrund faktischer Rechtsnormenwirkung- richtig ist, beantwortet das Gesetz selbst, wenn es z.B. in § 5 I 2 DepotG klar zum Ausdruck bringt, daß AGB-Klauseln nicht wie gewöhnliche Vertragsbestandteile zur Geltung gelangen, sondern der Kunde sich ihnen in aller Regel aufgrund ihrer tatsächlichen Normenwirkung ‚unterwirft'. Nach § 5 I 2 DepotG kann eine Bank Wertpapiere eines Kunden nur dann in ein Sammeldepot geben, wenn sie hierzu ausdrücklich und schriftlich und nicht durch AGB ermächtigt worden ist. Das bedeutet, daß der Gesetzgeber eine Verschlechterung der Interessenlage des Bankkunden nur dann zulassen will, wenn diese Verschlechterung ausdrücklich vom Willen des Kunden getragen wird. Es genügt nicht ein Anerkenntnis durch AGB. Dieser spezifische Charakter der AGB veranlaßt daher die überwiegende Meinung zu Recht, bei Verträgen, die durch AGB zustandekommen, andere, und zwar engere Rechtsgültigkeitsmaßstäbe anzulegen, als es beim Einzelvertrag nötig wäre.

---

1) Lukes, Festschrift S. 471 Anm. 56; Michel S.39; Krischer, Diss. S. 24
2) RGZ 81, 117; 124,332; 153,62
3) Lukes, Kartellvertrag S. 16
4) Benkhard BB 53,782
5) vgl. hierzu Lukes , Kartellvertrag S. 213 ff.

II Von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelte Kontrollmöglichkeiten gegen unlautere AGB

1) Die Rechtsprechung des RG zu § 138 BGB

Das RG hat in st. Rspr. [1] hauptsächlich den § 138 I BGB zum Schutz des schwächeren Geschäftspartners angewandt. Das RG prüfte zunächst stets, ob die AGB-Klauseln in ihrer Gesamtheit die wirtschaftliche Freiheit des Geschäftspartners in einer Weise beeinträchtigten, daß ein Vergleich der Verpflichtungen mit den Leistungen des Unternehmers ein grobes Mißverhältnis erkennen ließ und daher als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden mußte [2]. Dabei machte sich in der Rspr. des RG eine bedenkliche Akzentverschiebung insofern bemerkbar, als die Rechtsgültigkeitskontrolle sich nicht so sehr auf den Inhalt der AGB, als vielmehr auf die Art ihrer Hineinnahme in den Einzelvertrag erstreckte [3]. Die Anwendung des § 138 war an die einschränkende Voraussetzung geknüpft, daß der Unternehmer dem Kunden die AGB unter Ausnützung einer Monopolstellung aufdrängte. § 138 war und ist insbesondere aus diesem Grunde als Inhaltskontrolle zu eng und starr. Die Prüfung eines auffälligen Mißverhältnisses wird in allen den Fällen hinfällig, in denen keine Monopolstellung vorliegt [4]. Die aufgezeigten Bedenken können auch nicht durch den Hinweis darauf zerstreut werden, daß die Rspr. die Anwendbarkeit des § 138 schließlich erweiterte, indem sie eine monopolartige Stellung genügen ließ, wenn die Unternehmer eine Gruppe bildeten, auf die die übrige Geschäftswelt angewiesen war [5].

Die heute überwiegende Meinung lehnt die verfehlte Rspr. vom Monopolmißbrauch ab [6]. Zwar ist zuzugeben, daß in vielen Fällen der Unzulässigkeit von AGB gleichzeitig ein Monopolmißbrauch gegeben ist. Den Monopolmißbrauch jedoch zum Kriterium der Rechtsunzulässigkeit von AGB zu machen, besteht kein

---

1) vgl.etwa RGZ 128,251; RGJW 31,2719; RGDR 1941,1726; eine Zusammenstellung der RG-Rspr.in RGZ 143,28; vgl. auch BGH LM § 138 BGB (Cc) Nr.1; Coing NJW 47/48,214
2) RGZ 128,257; Pagenstecher S.5
3) Raiser S.283;Lukes,Festschr.S.466;Mroch S.24;RGZ 143,28
4) RG GruchBeitr. 1921, 350; RGZ 104,101
5) RG Seuff.Arch.81 Nr.33; OLG München LZ 25,272
6) vgl.etwa Mróch S.25; Raiser S. 284; v.Codin 346, 17d

gesetzlicher Anhaltspunkt. Vielmehr sind durch und mit AGB zustandegekommene Verträge wie alle anderen Rechtsgeschäfte dann gemäß § 138 Abs.1 sittenwidrig, wenn sie nach Inhalt, Motiv und Zweck gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen [1]. Dabei kann für Rechtsgeschäfte, die AGB als Vertragsbestandteile haben, u.U. aus dem Mißverhältnis der Verpflichtungen und Rechte der schwächeren Vertragspartei auf die dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechende Gesinnung der Unternehmerpartei geschlossen werden [2]. Diese -selbstverständliche- Rechtsgültigkeitsschranke des § 138 kann jedoch keinen wirksamen Schutz gegenüber unangemessenen AGB hergeben. Nur die krassesten Fälle einseitiger Interessenverfolgung durch AGB tragen den Makel der Sittenwidrigkeit i.S. des § 138 [3].

2) Treu und Glauben als Schranke von AGB

Die Rspr. hat auf der Suche nach schärferen Abwehrmöglichkeiten zur Beseitigung von offenbar unbilligen Machtverstärkungstendenzen daneben auch § 242 BGB angewandt [4]. Das ist insbesondere bei weitgehenden Haftungsfreizeichnungen [5] und bei Ausschluß aller Gewährleistungsrechte, auch für den Fall erfolgloser Nachbesserungsversuche, geschehen [6]. Durch § 242 kann ohne Zweifel ein weitergehender Schutz als durch § 138 erreicht werden. AGB-Verträge, die noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen, können sehr wohl schon gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Ein weiterer Vorteil der Anwendung des § 242 liegt darin, daß das Problem der Teil- oder Vollnichtigkeit nicht auftaucht, wie es bei § 138 der Fall wäre [7]. Gegen die Anwendung des § 242 ergeben sich indessen auch Bedenken.
Es ist anerkannt, daß § 242 vertragliche oder wenigstens vertragsähnliche Rechtsbeziehungen zwischen dem treuwidrig Han-

1) Lehmann S. 186
2) vgl. RGZ 150,2
3) Lukes,Festsch.S. 479; Eilles DGWR 41,121 ff.(125)
4) RGZ 110,63; RGLZ 08,708;RGDR 41,1726,2446;Sebba S.16 ff.; (ablehnend Lange JW 23,2858;Raiser S.282;Brandt,DRW 40,76 ff. (84)
5) RGZ 168,329; BGHZ 20.164
6) RGZ 96,266;142,335;BGH MDR 1954,345;BGHZ 22,90; vgl. Matthiessen DGWR 38, 213 ff.
7) vgl. dazu Lukes,Festschr.S.467;Sandrock AcP 159,525

delnden und dem zu Schützenden voraussetzt [1]. Das bedeutet, daß sich über § 242 nur der Schutz des konkreten Einzelvertragspartners erreichen läßt. Im konkreten Einzelfall muß das Verhalten des Unternehmers gegenüber dem Abnehmer gegen Treu und Glauben verstoßen. Aus diesem Grunde erscheint es zweifelhaft, ob § 242 als Rechtsgültigkeitsmaßstab für AGB, bei denen sich deutlich ein Bestreben nach Verobjektivierung der Inhaltsgrenze abzeichnet, anwendbar ist.

Diese Verobjektivierungstendenz wird sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung deutlich [2]. Bei der Auslegung sind die Einzelumstände des gerade zu beurteilenden Falles außer Betracht zu lassen [3]. Bei der Untersuchung der Sitten- oder Treuwidrigkeit wird allgemein darauf abgestellt, ob die Interessenschicht, der der Einzelabnehmer angehört, in ihren schutzwürdigen Belangen beeinträchtigt wird [4]. Eine Abwägung von dieser Warte aus kann mit § 242 seiner systematischen Stellung nach nicht getroffen werden. § 242 setzt das Bestehen konkreter einzelvertraglicher Beziehungen voraus. Der BGH und ihm folgend der größte Teil der Literatur [5] wendet § 242 gleichwohl unter der Erweiterung an, daß bei der Abwägung zwischen den Interessen des Unternehmers und des Abnehmers auf die Interessen der ‚Kundenschicht' oder ‚sozialen Schicht', der der Abnehmer bzw. der Unternehmer angehört, abgestellt wird [6].

Auch von den Gegnern dieser Meinung [7] wird das praktische Ergebnis des BGH ausdrücklich gebilligt. Die Frage der Rechtsgül-

---

1) Larenz I S.96; Hueck, Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 10 ff.
2) vgl. BGHZ 22,98; Lukes, Festschr. S.473; Jus 61,306; Raiser S.263; Mroch S.17; von Caemmerer JZ 53,99; Laufke, s. Tagungsbericht von Baur JZ 55,714; Eilles DGWR 41,123,125
3) RGZ 92,87; 129;116, 275; 137,123 ff.; OGHZ NJW 49,905; BGHZ 17,3; Michel S. 37 ff.; Raiser S. 263
5) vgl. etwa BGHZ 22,98; BGH BB 54,392; OLG Hamburg BB 54,392; Pal.-Danckelmann Anm. 5 b zu § 276
6) BGHZ 22,98; ‚Dabei ist auf die Verhältnisse des Einzelfalles in der Weise abzustellen, daß es auf die Besonderheiten des in Betracht kommenden Warenkaufs, sowie auf die Interessen der an einem solchen Kauf üblicherweise beteiligten Verkäuferschicht und Käuferschicht, nicht aber auf die individuellen Belange der in dem Einzelfall an dem konkreten Vertrag gerade beteiligten Vertragspartner ankommt.'
7) Lukes, Festschr. S. 468; Raiser 286
4) BGHZ 22,90; Lukes, Festschr. S.473; Jus 61,306; vgl. Raiser S.282

tigkeit der AGB kann ja auch nur unabhängig von den Einzelumständen des konkreten Falles gesehen werden. Die AGB sind für eine Vielzahl von Fällen als generelle Vertragsordnungen aufgestellt. Ihre Inhaltsgrenze muß daher auch notwendig von den spezifischen Besonderheiten des konkreten Einzelfalles abstrahiert werden.Die Kritik der gegnerischen Meinung bezieht sich lediglich auf die erwähnten konstruktiven Schwierigkeiten in der Anwendung des § 242. In der Tat ist nicht zu leugnen, daß die erweiternde Anwendung des § 242 höchst problematisch ist. Es überrascht daher, daß der BGH und seine Anhänger in dieser Frage den § 242 mit der erwähnten Ausdehnung ohne nähere Begründung anwenden. Ob sich der § 242 über seinen gesetzlich zugewiesenen Bereich hinaus in der geschilderten Art anwenden läßt, kann im Rahmen des zu untersuchenden Spezialthemas nicht entschieden werden. Die Frage ist, wie noch zu zeigen sein wird, für die Beantwortung der aus dieser Arbeit erwachsenden Fragen auch unerheblich,da die die Anwendung des § 242 ablehnende Meinung praktisch zu Rechtsgültigkeitsmaßstäben kommt, die in ihrem materialen Kern keine Abweichung von der gegnerischen Auffassung bedeuten.

3) Gemeinschaftswidrigkeit, Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse und der Schutzgedanke des § 315 BGB

Bereits Raiser [1] sah die Gemeinschaftswidrigkeit als Grenze für die Freiheit in der Gestaltung von AGB an. Die Interessen der Allgemeinheit beschränken nach ihm die Möglichkeiten beliebiger Gestaltung von AGB. Lukes [2] verwendet als Maßstab die Grenzen der Privatautonomiebefugnisse. Nach ihm liegt eine unzulässige Überschreitung derselben vor, wenn durch die AGB-Regelung ungerechtfertigt einseitige Interessen auf Kosten des Einzelvertragspartners verfolgt werden. Zur Unwirksamkeit ist damit erforderlich, daß der Unternehmer einseitig seine Interessen auf Kosten der späteren Vertragspartei verfolgt, und diese einseitige Interessenverfolgung im Vergleich mit der für das fragliche Rechtsgeschäft in Frage kommenden gesetzlichen

1) Raiser S. 279, 282
2) Lukes, Festschr. S. 479

Regelung als ungerechtfertigt erscheint [1]. Eine ungerechtfertigte Interessenverfolgung wird immer dann anzunehmen sein, wenn die Veränderung der Rechtslage durch die AGB gegenüber der gesetzlichen Regelung nicht durch sachliche Gründe geboten ist [2]. Nach Larenz [3] ist bei der Abgrenzung der Rechtsgültigkeit von AGB der Schutzgedanke des § 315 BGB heranzuziehen. Der Abschluß von Verträgen zu AGB unterscheidet sich nicht wesentlich von der in § 315 BGB geregelten Leistungsbestimmung durch eine Vertragspartei. Zwar werden die AGB -wegen der Notwendigkeit der Annahme des Vertragsangebots durch den Abnehmer- nicht durch einseitigen Akt Vertragsinhalt, ihre Aufstellung erfolgt jedoch durch einseitige Bestimmung des wirtschaftlich mächtigeren Vertragspartners. Im Fall des § 315 wird das Recht des Geschäftspartners zur inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages durch vertragliche Einverständniserklärung des anderen Teils eingeräumt, bei den durch AGB zustandegekommenen Verträgen steht dem Aufsteller der AGB das Bestimmungsrecht kraft seiner wirtschaftlichen Machtstellung zu. In beiden Fällen werden somit die Bedingungen des Geschäfts nicht ausgehandelt. Durch die Festlegung der AGB nur durch eine Partei wird daher im Ergebnis dasselbe erreicht wie durch Abschluß eines Einzelvertrages, wobei sich die eine Partei das Recht der Leistungsbestimmung vorbehält [4].Der BGH hat in einer neueren Entscheidung ausdrücklich den Schutzgedanken des § 315 zur Inhaltskontrolle von AGB herangezogen [5].

4) Das ius dispositivum als unmittelbare Schranke für den Inhalt von AGB

Nipperdey sieht die Dispositivnormen als eine unmittelbare Schranke für den Inhalt von AGB an [6]. Das ius dispositivum hat eine bestimmte Ordnungsfunktion [7], die durch die AGB nicht

---

1) Lukes, Festschr. S. 481
2) Schneider NJW 54,133,134; Großmann-Doerth S.26;Schumann I 33
3) Larenz I S.95; zustimmend Lukes NJW 63,1897 ff.
4) siehe Lukes NJW 63,1900
5) BGH NJW 63,99; BGH NJW 64,1123
6) Staudinger-Nipperdey Vorbem. § 688 Anm.13,4b, § 701 Anm.739; Nipperdey DRZ 1950,198; Enn.-Nipp. § 49 III; s.auch Bernhardt DR 42, 1173
7) Nach Lukes (Kartellvertrag S.233,234) liegt ihm -in der Sache gleich- eine bestimmte Gerechtigkeitsvorstellung zugrunde

einfach beseitigt werden kann. In unserem Recht finden sich eine Reihe von Dispositivvorschriften, denen eine vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten der Beteiligten innewohnt [1]. Diese Vorschriften sehen die von ihnen geschaffene Regelung nicht nur als eine, sondern meist als d i e gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten an [2]. Die AGB können als rechtsnormenähnliche Vorschriften diese fein abgewogene Rechte- und Pflichtenverteilung nicht ohne sachlichen Grund anders gestalten. Dieses Verbot ergibt sich aus dem Wesen des dispositiven Rechts selbst.

a) Die ‚Richtigkeitskontrolle' als Praemisse des dispositiven Rechts

Wie das ius strictum stellt das ius dispositivum eine rechtsverbindliche Ordnung auf, soweit die Parteien nichts anderes bestimmt haben. Zugleich ist dem dispositivem Recht wesensgemäß, daß es auf seine rechtsverbindliche Kraft verzichtet, soweit die Parteien innerhalb der Bereiche der §§ 134,138 eine anderweitige Regelung treffen. Die innere Rechtfertigung dieses Charakteristikums des ius dispositivum ergibt sich daraus, daß das dispositive Recht es mit ruhigem Gewissen den Parteien überlassen darf, eine ihren jeweiligen Bedürfnissen adäquatere Regelung zu treffen. Hierfür sorgt der gesunde Egoismus, wie er in dem ‚Automatismus des Vertrages' [3] zum Ausdruck kommt. Keine Partei wird sich einseitigen unangemessenen Bedingungen unterwerfen. Die Richtigkeitskontrolle durch den Vertragsmechanismus ist die notwendige Praemisse des dispositiven Rechts [4]. Ist diese Richtigkeitskontrolle nicht mehr gewährleistet -so bei den AGB-Verträgen-, so müssen an die Rechtsgültigkeit der getroffenen Vereinbarungen strengere Anforderungen gestellt werden. Das braucht nicht so weit zu gehen, daß die abweichende Regelung schlechthin für unverbindlich erklärt wird und an ihre Stelle das dispositive Recht tritt. Das ius dispositivum tritt aber mit seiner jetzt abstrakt zu sehenden gerechten Verteilung

1) Raiser S. 295
2) s. auch Herschel DR 42, 753 ff., 758
3) Hurst S.133; Haupt ZAkDR 43,86; Krischer S. 41
4) vgl. auch Hurst S. 33

der gegenseitigen Rechte und Pflichten aus seiner Subsidiarität [1]. Es erfordert jetzt, wenn es schon abbedungen wird, eine Regelung, die seinem immanenten Gerechtigkeitsgehalt gleichkommt.

Die Richtigkeit der aufgestellten Prämisse -Richtigkeitskontrolle durch den Automatismus des Vertrages- folgt aus dem Wesen des iud dispositivum selbst, das nicht als völlig unverbindliche Vertragsordnung angesehen werden kann. Das Recht, sei es nun zwingend oder abdingbar, will grundsätzlich einen materiell gerechten Ausgleich schaffen. Das Recht würde sich daher selbst verleugnen, wollte es in den dispositiven Normen nur ein Vertragsschema sehen, darüberhinaus es ihm aber völlig gleichgültig sein, was die Parteien vereinbarten. Das dispositive Recht ist doch auch nur geschaffen worden, weil der Gesetzgeber glaubte, hiermit trotz der Abdingbarkeit eine Gerechtigkeitslösung gefunden zu haben. Diese liegt beim ius dispositivum nicht immer in der Geltung der dispositiven Norm selbst, sondern im Falle ihrer Abdingbarkeit kann sie nur in der Richtigkeitskontrolle des Vertrages gefunden werden. Wenn der Gesetzgeber also eine gerechte Pflichtenverteilung schaffen wollte, so kann für ihn bei Schaffung der dispositiven Normen nur die Vorstellung motivierend gewesen sein, daß die Richtigkeitskontrolle des Vertrages dafür sorgen werde, daß der immanente Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts gewahrt bliebe.

b) Das Prüfungsverfahren

Die Abstellung auf die Ordnungsfunktion der Dispositivnormen weist in ihren Rechtsgültigkeitsmaßstäben die gleichen Kriterien auf, wie sie auch von denjenigen angewandt werden, die das Allgemeininteresse [2], die Überschreibung der Privatautonomiebefugnisse [3], die Gerechtigkeitsvorstellung der Dispositivnormen [4], den Geist der Rechtsordnung und den Gedanken des § 315 [5], die Unzulässigkeit übersteigerter Interessenwahrnehmungen [6] oder gar das Sozialstaatsprinzip [7] als Rechts-

1) Krischer S. 41
2) Raiser S. 282
3) Lukes, Festschr. S. 481, 482
4) Lukes Kartellvertrag S.234; Großmann-Doerth S.25
5) Larenz I S.80; Flume, 100 Jahre... S. 167
6) von Godin in HGB-RGRK § 346 Anm. 17 d
7) Krause BB 55,265; Enn.-Nipperdey § 49 III; Laufke, Tagungsbericht Baur JZ 55,715; vgl.i.übr.hierzu Haupt ZAkDR 1943,48;

gültigkeitskriterien nennen.
Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der AGB in ihrem Gerechtigkeitsgehalt dem der sonst anzuwendenden Dispositivnormen gleichkommt [1]. Der Gang der Untersuchung hat dabei folgendermaßen zu geschehen:
Es wird der Gerechtigkeitsgehalt der Dispositivnormen untersucht und festgelegt. Darauf wird die Bewertung der Interessenlage durch die AGB geprüft. Hierauf ist nun zu fragen, ob durch die Regelung der AGB die Ordnungsfunktion der Dispositivvorschriften gestört wird. Dabei ist nun keineswegs erforderlich, daß die AGB die gleiche oder eine im wesentlichen ähnliche Regelung treffen müßten [2]. Das kann schon aus dem einfachen Grunde nicht sein, weil sonst die AGB ja überflüssig wären.Es muß vielmehr gefragt werden, ob durch die Geltung der AGB die Rechtsposition des einen Partners, die aber in einem weiteren Sinne gesehen werden muß, wesentlich geschmälert wird. Dabei ist noch auf folgendes zu achten: Es darf nicht losgelöst vom konkreten Geschäftszweig die Überprüfung der AGB mit den Dispositivnormen geschehen. Bei unserer heutigen Wirtschaft, die im Laufe der letzten Jahrzehnte wesentlich an Kompliziertheit zugenommen hat, sind z.B. die Tatbestände des Kaufrechts viel zu weit gefaßt. Die Regelung der §§ 459 ff. mag auf den Kauf eines einfachen Gegenstandes genau passen, an der genauen ‚Paßform' muß man jedoch z.B. beim Kauf von feinoptischen Geräten zweifeln. Die notwendige ungeheure Präzision der Anfertigung dieser Güter kann Fehlerquellen einfach nicht ausschließen. Hier würde die viel elastischere Regelung des Nachbesserungsrechts -wie z.B. auch beim Autokauf- besser passen. Es ist daher bei Prüfung der Innehaltung des Gerechtigkeitsgehaltes der Dispositivnormen durch die AGB-Regelung ganz auf den konkreten Einzelgeschäftszweig abzustellen [3].

---

1) vgl. etwa Lukes, Kartellvertrag S.234; Festschr. S. 233, 234; Raiser S. 295; Schreiber RuW 1920, 101; Mroch S.47; Roquette JW 1938, 549; Haus S. 17 ff.
2) so offensichtlich Roquette i. JW 38, 549; Nach ihm ist jede Abweichung von gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich Abweichung von der Gerechtigkeit
3) BGHZ 22,97,98; Mroch S. 47; Hurst S. 34

Auch noch ein weiterer Punkt läßt die Abgrenzung etwas leichter werden. Bei jeder zu untersuchenden AGB-Klausel ist nämlich außerdem -am besten sogar zuerst- die Frage zu stellen, ob die Klausel in Verfolgung der Rationalisierungstendenz -eine Absicht, die als positiv zu bewertender Entstehungsgrund der AGB zu kennzeichnen ist- aufgestellt worden ist oder ob sie nur den Zweck der Machtverstärkung verfolgt [1]. Nur zur Machtverstärkung aufgestellte AGB werden i.a.R. den Gerechtigkeitsgehalt der Dispositivregeln verletzen.
Einem Rationalisierungsdenken entspringen alls Klauseln, die in Anbetracht der modernen Massenproduktion schlechthin vernünftig sind. Wie bereits eingangs (s.o.S.1) dargelegt wurde, entstanden die AGB aus dem Bestreben heraus, für eine im Zeitalter der Massenproduktion notwendige Vielzahl von Einzelrechtsgeschäften die sonst jeweils notwendigen individuellen Vertragsgestaltungen zu Gunsten einer einheitlichen Vertragsordnung zu ersetzen. Klauseln, die diesem Vereinfachungs- und Vereinheitlichungszweck dienen, sind Ausdruck des wünschenswerten und positiv zu beurteilenden Rationalisierungsbestrebens. Rationalisierungstendenzen werden demnach all die Klauseln aufweisen, die den äußeren Geschäftsablauf betreffen und die eine reibungslose, billige und von vornherein feststehende Abwicklung des Geschäfts sichern wollen. Man denke z.B. an Abmachungen über die Versendungsart, über Zahlungsfristen und Absprachen über die Ersetzung der gesetzlichen Gewährleistungsrechte beim Kauf durch Nachbesserungsrechte. Demgegenüber verfolgen all die Klauseln Machtverstärkungstendenzen, die nicht durch die moderne Massenproduktion geboten sind, die vielmehr die Notwendigkeit, einheitliche Vertragstypen zu schaffen, dazu mißbrauchen, dem Abnehmer die ihm nach der gesetzlichen Dispositivregelung zustehenden Rechte zu entziehen, ohne ihm gleichwertige Rechtspositionen einzuräumen.
Von dem anfangs aufgestellten Grundsatz, daß die AGB mit dem Gerechtigkeitsgehalt der durch sie ersetzten Rechtsnormen verglichen werden müssen, muß notwendig dann eine Ausnahme gemacht

---

1) von Brunn S. 117; Raiser S. 296; Karau S. 184

werden, wenn es über dem Sachverhalt, der durch AGB geregelt wird, gar keine Dispositivnormen gibt. In diesen Fällen muß die AGB-Regelung unter Berücksichtigung der Interessenlage angemessen sein [1]. Das bedeutet nichts anderes, als ‚daß eine vom Standpunkt der Allgemeinheit gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten stattfinden muß [2].'

5) Zusammenfassung

Nach Zusammenstellung der zur Inhaltskontrolle von AGB durch Rspr. und Rechtslehre entwickelten Grundsätze erscheint eine kurze Zusammenfassung geboten, da alle später zu untersuchenden Verzugsklauseln nach diesen Rechtsgültigkeitsschranken auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Das Bestreben von Rechtsprechung und Rechtslehre war und ist, über § 138 BGB hinaus engere Mittel der Inhaltskontrolle bei Verträgen zu finden, deren Inhalt durch AGB bestimmt wird. Schon das RG, sowie ihm folgend, der BGH [3] wie auch das überwiegende Schrifttum wenden den Gedanken des § 242 zur Abwehr ungerechtfertigter AGB an, ungeachtet der Tatsache, daß § 242 konkrete einzelvertragliche Beziehungen zwischen AGB-Aufstellern und der jeweiligen Einzelrechtsgeschäftspartei voraussetzt. Dabei wird auf die Verhältnisse des Einzelfalles in der Weise abgestellt, daß es auf die Besonderheiten des konkreten Geschäftszweiges sowie auf die objektiven Interessen der Kunden- bzw. Verkäuferschicht, der der Käufer bzw. Verkäufer angehört, ankommt. Entscheidend sind nicht die individuellen Belange der in einem Einzelfall gerade beteiligten Einzelvertragspartner [4]. Diesem Ergebnis wird überwiegend gefolgt, wenn auch z.T. andere Rechtsgültigkeitsrichtlinien vertreten werden. Als mögliche Abgrenzungskriterien, die sich in ihrem materialen Kern jedoch kaum voneinander unterscheiden, wurden das Allgemeininteresse, die Ordnungsfunktion und die Gerechtigkeitsvorstellung der Dispositivvorschriften, die Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse etc. herausgestellt. Um faßbare Abgrenzungskriterien zu erlangen

1) Raiser S. 296
2) Schlegelberger-Hildebrandt Anm. 31 zu § 346 HGB; Hildebrandt JR 55, 326; Gierke,von,Julius, S. 28
3) RGZ 126,324;168,329; RGDR 41,1726; OLG Stuttgart HRR 29, Nr. 1200; OGHZ 1,62; BGH 13,207; 22,90
4) Lukes,Festschr.S.473;Jus 61,306;Laufke,Tagungsbericht Baur JZ 55,714; Raiser S.263;v.Caemmerer JZ 53,99

und im Interesse einer praktisch durchführbaren Inhaltskontrolle [1] erscheint es mit Nipperdey und Lukes am zweckmäßigsten, von den immanenten Schranken der Dispositionsvorschriften als Rechtsgültigkeitskontrolle für AGB auszugehen [2]. Dabei ist auch das wünschenswerte Ergebnis einer Verobjektivierung der Inhaltsgrenze erreicht, denn die Frage der materiell gerechten Korrespondenz der AGB mit den durch sie ausgeschlossenen Dispositivnormen wird in jedem Fall losgelöst vom konkreten Einzelrechtsgeschäft überprüft. Der Einwand, daß die Ordnungsfunktion der Dispositivvorschriften keinen geeigneten Rechtsgültigkeitsmaßstab abgäbe, da oft eine gesetzliche Lücke vorläge, vermag kaum zu überzeugen. Fälle, in denen eine echte gesetzliche Lücke vorliegt, die auch nicht durch analoge Anwendung ähnlicher Vorschriften geschlossen werden kann, sind verhältnismäßig selten. Für jene Fälle bleibt der Rückgriff auf die etwas allgemeiner gefaßten Abgrenzungsmaßstäbe offen. Die AGB-Regelung muß dann unter Berücksichtigung der Interessenlage angemessen sein. Für alle Regelfälle liegt der große und entscheidende Vorteil der Zugrundelegung des Gerechtigkeitsgehaltes der Dispositivvorschriften in seiner praktischen Faßbarkeit.

Den Weg zu einer vergleichenden Wertung der gesetzlichen Dispositivregelung eröffnet § 315 BGB, indem er in Bezug auf Verträge, bei denen die Bestimmung der Leistung durch einen Vertragsschließenden erfolgt, vorschreibt, daß die Bestimmung nach den Grundsätzen der Billigkeit zu geschehen hat. Das bedeutet für AGB-Verträge, auf die der Schutzgedanke des § 315 BGB, wie schon ausgeführt [3], voll zutrifft, daß ihre Regelungen unter Berücksichtigung der Interessenlage angemessen sein müssen.

Bei der Untersuchung der Rechtsunwirksamkeit von AGB soll nach alledem in folgender Weise verfahren werden. Zunächst wird der Gerechtigkeitsgehalt der durch die AGB-Regelung ausgeschlossenen Dispositivnormen geprüft. Sodann ist festzustellen, wie die AGB die dem konkreten Einzelgeschäftszweig zugrundeliegende

---

1) vgl. Herrmann JZ 55, 183; Flume S. 170
2) Lukes, Kartellvertrag S. 234; Nipperdey § 49 III; vgl. auch Raiser S. 295.
3) s.o.S. 13 ; Larenz, S.95; BGH NJW 63,100; Lukes NJW 63,1897 ff.

Interessenlage bewerten. Ergibt sich bei der nun folgenden vergleichenden Wertung, daß die AGB-Regelung den Gerechtigkeitsgehalt der Dispositivnormen tangiert, so ist sie rechtsunwirksam. Bei dieser Prüfung sind die besonderen Umstände des konkreten Geschäftszweiges im Auge zu behalten und zu fragen, ob nicht sachliche Gründe ein Abweichen von den dispositiven Vorschriften gestatten, wobei allerdings dem Käufer nicht verhältnismäßig größere Nachteile auferlegt werden dürfen [1]. Hilfsmittel hierzu ist die Erkenntnis, ob die AGB-Rationalisierungs- oder Machtverstärkungstendenzen offenbaren. Weiterhin werden sämtliche anderen, in Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten [2] Rechtsgültigkeitskriterien, wie insbesondere die §§ 138, 242, 315 BGB, in die Rechtsgültigkeitsprüfung einzelner Klauseln mit einbezogen.

§ 4 Die gesetzliche Regelung des Schuldnerverzuges

Da sich die Untersuchung im folgenden ausschließlich mit Verzugsregelungen durch AGB befaßt, erscheint es zweckmäßig, eine allgemeine Übersicht über die gesetzliche Verzugsregelung voranzustellen, damit sich die künftigen Erörterungen stets hieran orientieren können.

Der Verzug ist die von der einen Vertragspartei zu vertretende obligationswidrige Verzögerung der Leistung[3]. Dem Verzug ist damit wesentlich, daß die Leistung nicht endgültig unmöglich, sondern nachholbar ist [4]. Man unterscheidet beim Verzug Schuldner- und Gläubigerverzug. Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges sind: Nichtleistung trotz Fälligkeit der Forderung aus vom Schuldner zu vertretenden Gründen und darauf erfolgte Mahnung des Gläubigers. Vom Gläubigerverzug (§§ 293 - 304) spricht man, wenn die Gläubigerpartei die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung unterläßt.

Die nachstehende Behandlung des Verzuges stellt nur eine überblickartige Darstellung der gesetzlichen Regelung vor. Sie

---

1) Lukes, Festschr. S.482; v.Godin in HGB-RGRK § 346 Anm.17 d
2) s.o. S. 9 ff.
3) Larenz I S. 256
4) RGZ 97,9; Enn.-Lehmann § 51 I

wird jeweils vertieft werden, wenn der Vergleich einer konkreten Verzugsklausel mit der gesetzlichen Regelung es erfordert.

Zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Schuldnerverzuges gehört zunächst ein vollwirksamer und fälliger Leistungsanspruch. Der Schuldner kann nur in Verzug kommen, wenn der Anspruch des Gläubigers auch fällig ist. Der Fälligkeitszeitpunkt eines Anspruchs ergibt sich meist aus den vertraglichen Vereinbarungen, andernfalls ist die Leistung gemäß § 271 sofort fällig.Dem Anspruch dürfen auch keine Einreden i.S. des BGB entgegenstehen [1]. Regelmäßiges Erfordernis für den Verzugseintritt ist fernerhin eine Mahnung, die bei oder nach Fälligwerden der Leistung erfolgt. Die Mahnung ist eine geschäftsähnliche Handlung des Gläubigers [2],mit der der Schuldner aufgefordert wird, nunmehr unverzüglich oder innerhalb einer angegebenen Frist zu leisten.Der Mahnung steht die Erhebung der Klage, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich, § 284 I 2. Eine besondere Mahnung ist dann nicht erforderlich, wenn der Leistungstermin nach dem Kalender bestimmt ist, § 284 II 1, oder aber der Leistung eine Fälligkeitskündigung vorauszugehen hat und sich der Leistungstermin von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt, § 284 II 2. Eine Mahnung ist weiterhin entbehrlich bei der sogen. Selbstmahnung [3] durch Ankündigung der Leistung durch den Schuldner; gleiches gilt, wenn der Schuldner ernsthaft und bestimmt erklärt hat, er werde nicht erfüllen [4],

---

1) sehr streitig ist, ob allein das Vorliegen der Einrede den Verzugseintritt hindert, oder ob noch die Geltendmachung der Einrede hinzukommen muß. Die 1. Meinung ist wohl herrschend, Enn.-Lehmann § 51 II 1; Kreß A 428; Heck S. 107; Leonhard A 511; BGB-RGRK-Nastelski § 284 Anm. 8,9; a.M. Oertmann Anm. 1 zu § 284; Planck-Siber 3a zu § 284; vermittelnd Larenz S. 260
2) Larenz I S. 256; Enn.-Lehmann § 51 II 2a
3) Soergel-Siebert-Schmidt § 284 Anm. 10
4) Enn.-Lehmann § 51 II 3 e; Larenz I S. 256; Soergel-Siebert-Schmidt § 284 Anm. 10

oder der Schuldner auf das Mahnungserfordernis verzichtet hat [1]. In allen anderen Fällen ist jedoch zum Verzugseintritt eine Mahnung des Gläubigers erforderlich.
Wenn auch die eben besprochene Voraussetzung vorliegt, kommt der Schuldner dennoch nicht in Verzug, wenn er die Verzögerung der Leistung nicht zu vertreten hat, § 285. Allerdings wird seine Verantwortlichkeit -das ergibt sich aus der Wortfassung des § 285- vermutet, wenn die objektiven Verzugsvoraussetzungen gegeben sind. Das Vertretenmüssen des Schuldners ergibt sich aus den §§ 276 - 279. Das Verschulden seiner selbst oder seiner Erfüllungsgehilfen muß sich dabei auf die Unpünktlichkeit der Leistung beziehen. Demzufolge hat der Schuldner Ereignisse höherer Gewalt nicht zu vertreten [2]. Bei Gattungsschulden wird § 285 von dem Grundgedanken des § 279 bestimmt. Grundgedanke des § 279 ist, daß der Schuldner die zur Leistung erforderlichen Gattungsstücke rechtzeitig beschaffen muß und er, solange eine Beschaffung überhaupt objektiv noch möglich ist, nicht dadurch befreit wird, daß ihm die erforderlichen Geldmittel fehlen. Das Risiko einer einer auch unverschuldeten vorübergehenden Zahlungsunfähigkeit muß der Gattungsschuldner tragen. Hierin erschöpft sich aber auch seine besondere Haftung. Aus dem etwas mißverständlichen Wortlaut der Bestimmung des § 279 kann nicht eine allgemeine Zufallshaftung des Gattungsschuldners für jedwedes Leistungshindernis geschlossen werden [3].
Nach Eintritt der vorbezeichneten Verzugsvoraussetzungen ist der Gläubiger berechtigt, Verzugsansprüche geltend zu machen. Die Hauptfolge des Verzuges ist die Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger allen durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen, § 286 I. Wenn der Gläubiger an der Vertragserfüllung kein Interesse mehr hat, kann er die geschuldete Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 286 II 1. Eine Geldschuld hat der Schuldner mindestens

---

1) BGB-RGRK-Nastelski § 284 Anm. 32
2) vgl. Larenz I S. 258
3) allgem. Meinung, Larenz I S.218; Heck S. 87; Leonhard A 467; Soergel-Siebert-Schmidt § 285 Anm. 1; Oertmann 2 b zu § 279

mit 4 % -bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 %, § 352 HGB,- zu verzinsen, § 289 BGB. Während des Verzuges haftet der Schuldner für jede Fahrlässigkeit und auch für Zufall, § 287.
Kommt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag in Verzug, so werden die Verzugsfolgen z.T. modifiziert. Die Verpflichtung zum Ersatz des Vermögensschadens, die Haftung für Zufall und die Zinspflicht bleiben bestehen. Darüberhinaus ist jedoch der Gläubiger gem. § 326 berechtigt, nach Verzugseintritt dem Schuldner eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Bei Interessenfortfall infolge des Verzuges hat der Gläubiger diese Rechte auch ohne Nachfristsetzung, § 326 II. Ist der Schuldner mit der Erfüllung nur teilweise in Verzug, so gelten die ihrem Sinne nach klaren Bestimmungen der §§ 326 II 3, 326 I 2.

3. Teil: Der Lieferungsverzug

Dem Lieferanten, der für die mißliebigen Folgen eines Lieferungsverzuges nicht einstehen möchte, bieten sich zwei Möglichkeiten, jene Folgen im Ergebnis auszuschalten oder sie doch wenigstens zu beschränken. Er kann einmal Gründe nennen, die den Fälligkeitszeitpunkt der Leistung weit hinausschieben, um auf diese Weise eine Voraussetzung des Verzuges, die Fälligkeit der Leistung, (§ 284 I BGB)nicht entstehen zu lassen. Das zweite Mittel besteht darin, nach eingetretener Fälligkeit der Leistung und erfolgter Mahnung des Vertragspartners die Verzugsfolgen auszuschließen.

A.: Verhinderung des Verzugseintritts durch Hinausschieben des Fälligkeitszeitpunkts

Mit der Vereinbarung von Lieferfristen verfolgen die Vertragsparteien den Zweck, den Zeitpunkt der Leistung genau festzulegen. Der Besteller hat ein Interesse daran zu wissen, wann er

über die bestellte Ware verfügen kann. Der Veräußerer muß wissen, wann er, ohne sich Verzugsfolgen auszusetzen, leistungsbereit sein muß [1].

§ 5 Der Beginn der Lieferfrist

Um die Fälligkeit seiner Lieferverpflichtung -das ist eine Voraussetzung des Verzuges- möglichst weit hinauszuschieben, sucht der Lieferant in seinen AGB den Zeitpunkt der Lieferfristbeginns von bestimmten Ereignissen abhängig zu machen.

> Die Lieferfrist beginnt mit der Absendung der Auftragsbestätigung, jedoch nicht vor der Beibringung der vom Besteller zu beschaffenden Unterlagen, Genehmigungen, Freigaben, sowie vor Eingang einer vereinbarten Anzahlung' [2].

Nach der AGB-Regelung beginnt die Lieferfrist i.a.R. mit der Absendung der Auftragsbestätigung, wobei im allgemeinen ausdrückliche Voraussetzung ist, daß alle Einzelheiten der späteren Vertragserfüllung geklärt sind, daß der Besteller etwa benötigte Unterlagen, Genehmigungen etc. beigebracht hat und oft auch, daß er eine Anzahlung geleistet hat. Diese Regelung erscheint recht sinnvoll. Die Bestimmung der Lieferzeit soll den Hersteller in den Stand versetzen, die Ware in der meist auch benötigten Frist herzustellen. Für den Lieferanten ist es bei Beginn der Lieferzeit von größtem Interesse zu wissen, daß mit hoher Wahrscheinlichkeit der Vertrag reibungslos durchgeführt wird. Aus diesem Grund ist ein Sicherungsbedürfnis des Lieferanten insoweit anzuerkennen, als er den Beginn der Lieferfrist vom Eingang einer vereinbarten Anzahlung abhängig macht. Insbesondere in der feinkeramischen und der Glasindustrie, in der Papiererzeugung- und verarbeitenden Industrie, wie auch im Druckereigewerbe ist der Lieferant wegen der spezifischen Eigenarten des jeweiligen Kaufgegenstandes dringend darauf angewiesen, daß seine Vertragspartei zum Vertrage steht und die bestellten Waren abnimmt, da oft die

---

1) Brobowski S. 96
2) Die Klausel ist vorwiegend anzutreffen in der Mineralölverarbeitung, in der feinkeramischen und Glasindustrie, in der Papiererzeugung und -verarbeitung, im Druckereigewerbe und in der Nahrungsmittelindustrie.

Besonderheiten der für einen bestimmten Zweck hergestellten Waren einen Verkauf an andere Personen unmöglich machen. Eine Anzahlung des Käufers vermag jenes Risiko des Verkäufers erheblich zu vermindern, zeigt doch der Käufer hierdurch, daß er zumindest nicht völlig vermögenslos ist und ein echtes Interesse an der Vertragserfüllung hat. Auch in Fällen der Notwendigkeit behördlicher Genehmigungen kann dem Unternehmer nicht zugemutet werden, ohne Unterlagen, Genehmigungen etc. blindlings darauf loszuarbeiten, obwohl die Modalitäten der späteren Erfüllung des Vertrages noch zweifelhaft sind. Erst wenn der Verkäufer genau weiß, daß der Vertragserfüllung keine Hindernisse im Wege stehen, erscheint es gerechtfertigt, die Lieferzeit beginnen zu lassen.
Auf den ersten Blick auffallend ist die sich in sehr vielen AGB wiederfindende Bestimmung, daß die Lieferfrist mit Absendung der Auftragsbestätigung beginnt und nicht erst, wie man vermuten sollte, mit Zugang beim Besteller. Würde man jedoch für den Beginn der Lieferfrist den Zeitpunkt des Zugangs der Auftragsbestätigung beim Kunden für entscheidend vorsehen, so hätte das zwar für den Lieferanten den Vorteil einer weiteren Lieferfristverlängerung. Auf der anderen Seite wäre er jedoch im Ungewissen über den genauen Zeitpunkt der Zugangs der Auftragsbestätigung beim Kunden. Daher erscheint es zweckmäßiger, den Zeitpunkt der Lieferfrist mit dem Tage der Absendung der Auftragsbestätigung beginnen zu lassen. Es handelt sich hierbei um eine sachlich gerechtfertigte, dem Rationalisierungsstreben der Wirtschaft förderliche Maßnahme.
Aus der Satzkonstruktion der Klausel: ‚Die Lieferfrist beginnt mit der Absendung der Auftragsbestätigung, jedoch nicht vor der Beibringung der vom Besteller zu beschaffenden Unterlagen etc.' ist zu schließen, daß grundsätzlich die Lieferfrist mit Absendung der Auftragsbestätigung in Lauf gesetzt wird. Das bedeutet, daß der Lieferant vor Absendung der Auftragsbestätigung, die im Normalfall die Annahme eines Vertragsangebotes bedeutet [1], die Unterlagen, Genehmigungen, Freigaben etc. erhalten haben will. Der Nebensatz der Klausel (‚jedoch nicht

1) BGH NJW 55,1794; BGH 18,215; Soergel-Siebert-Mezger § 151 Anm. 12

vor...') soll demnach für Fälle, in denen die Auftragsbestätigung -irrtümlich- trotz Fehlens der vom Besteller zu beschaffenden Unterlagen etc. abgesendet wurde, klarstellen, daß dennoch die Lieferfrist erst bei Eingang der Unterlagen beginnt.
Naturgemäß wird die Klausel besondere Bedeutung in Krisenzeiten erlangen, in denen der Warenumschlag bewirtschaftet wird. Die Klausel wird dann für den Lieferzeitbeginn jedes Vertrages praktische Bedeutung gewinnen, da Genehmigungen, Freigaben etc. stets Maßnahmen staatlicher Warenbewirtschaftung sind. Für den Aufsteller der AGB liegt die Bedeutung der Klausel darin, daß sowohl im Normal- wie im Krisenfall das Risiko des Scheiterns der Vertragsdurchführung erheblich vermindert ist.

§ 6 Lieferfristunterbrechung im Verlags- und Druckereigewerbe

Im Verlags- und Druckereigewerbe findet sich häufig eine Klausel folgenden Inhalts:

> 'Für die Dauer der Prüfung der Andrucke, Fertigungsmuster, Klischees usw. durch den Auftraggeber ist die Lieferzeit jeweils unterbrochen, und zwar vom Tag der Absendung an den Auftraggeber bis zum Tag des Eintreffens seiner Stellungnahme'.

Die Klausel ist infolge der Besonderheiten dieses Gewerbes gerechtfertigt. Dem Lieferanten kann nicht zugemutet werden, daß die ihn dem Verzug näherbringende Lieferzeit verrinnt, während er selbst keinerlei Einfluß auf eine Beschleunigung der Leistungserfüllung ausüben kann, wobei darüberhinaus der Abnehmer als eventueller, eine Verzugsentschädigung fordernder Gläubiger die dem Lieferanten zustehende Lieferfrist durch ausgiebiges Prüfen der Andrucke usw. einschränken kann. Hier ist eine fehlende gesetzliche Regelung durch eine billige, die Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigende AGB-Regelung ersetzt worden [1].

---

1) Wegner S. 79

§ 7 Die Lieferfristverlängerung

Ist der Lieferfristbeginn nun möglichst weit hinausgeschoben, so findet sich in den AGB aller untersuchten Wirtschaftszweige auch ein Katalog von Gründen, die die Lieferfrist verlängern. Diese Lieferfristverlängerung bewirkt ein Hinausschieben der Fälligkeit der versprochenen Leistung und damit auch den Nichteintritt des Verzuges, § 284.

> 'Höhere Gewalt, Krieg, Betriebs- und Verkehrsstörungen, Streiks, Rohstoffmangel und ähnliche Anlässe, die die Produktion oder die Lieferung verhindern oder erschweren, berechtigen den Verkäufer zur Lieferfristverlängerung [1]'.

I Die Gattungsschuldeigenschaft der Verpflichtung des Lieferanten

Ihrer Art nach sollen diese Gründe jeweils Umstände i.S. des § 285 darstellen, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Nach der gesetzlichen Regelung ergibt sich das Vertretenmüssen des Schuldners aus den §§ 276 - 279. Die Betrachtung der §§ 276 und 278 zeigt, daß ‚Vertretenmüssen' i.S. des § 285 grundsätzlich Verschulden des Schuldners oder seiner Erfüllungsgehilfen voraussetzt. Auf ein Verschulden des Schuldners an der Verzögerung der Leistung verzichtet das Gesetz bei Gattungsschulden. Der Schuldner von Gattungsschulden hat schlechthin für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und damit auch für die Rechtzeitigkeit der Erfüllung einzustehen [2]. Nach allgemeiner Meinung [3] gilt die Vorschrift des § 279 auch im Rahmen des § 285. Wenn die zitierte Klausel daher Störungsereignisse aufzählt, die ihre Ursache im eigenen Betrieb des Lieferanten haben, so zeichnet der Lieferant sich hierdurch von Folgen frei, die ihn nach der gesetzlichen Regelung als Schuldner von Gattungsschulden treffen würden.
Zweifeln könnte man an der Erforderlichkeit der Klausel jedoch in den Fällen, in denen der Lieferant sogen. beschränkte

---

1) Klauseln dieser Art finden sich in allen untersuchten Wirtschaftszweigen in reichem Maße.
2) Soergel-Siebert-Schmidt § 285 Anm. 1; Würdinger in HGB-RGRK Vorbem. § 373 Anm. 54 b; Pal.-Danckelmann § 285 Anm. 1; Larenz I S. 259
3) vgl. die Zitate unter 1)

Gattungsschulden schuldet. Die AGB-Klausel berechtigt den Lieferanten für den Fall, daß die Produktion oder die Lieferung behindert oder erschwert ist, zur Lieferfristenverlängerung. Ist die vom Lieferanten geschuldete Leistung eine beschränkte Gattungsschuld (Vorratsschuld), so bedeutet dies, daß die Lieferfristenverlängerung dann gerechtfertigt ist,wenn entweder der eigene Produktionsablauf gestört ist, so daß weder aus der laufenden Produktion noch aus den Lagervorräten die Leistung erbracht werden kann, oder aber der Auslieferung irgendwelche Hindernisse entgegenstehen. Eine Lieferverpflichtung besteht also -abgesehen von dem Fall der Auslieferungsschwierigkeit- erst dann nicht mehr, wenn weder aus der laufenden Produktion noch aus den Lagervorräten geliefert werden kann. Dieser Sinngehalt der Klausel ergibt sich aus der Aufzählung der einzelnen -meist gewichtigen- Störungsereignisse und ihren Wirkungen. Hierdurch läßt der AGB-Aufsteller erkennen, daß er nur dann das Recht der Lieferfristverlängerung für sich in Anspruch nimmt, wenn schwerwiegende Gründe dies erfordern. Solch zwingende Notwendigkeit liegt nicht vor, wenn eine Lieferung aus den Vorräten ohne weiteres noch möglich ist.Die Klausel ist demnach so auszulegen, daß ein Recht zur Lieferfristverlängerung nur dann besteht, wenn auch aus den Lagervorräten nicht mehr geliefert werden kann.

Für die Annahme einer beschränkten Gattungsschuld ist erforderlich, daß sich die Beschränkung auf die eigene Fabrikation und die eigenen Vorräte zweifelsfrei durch Auslegung des Vertrages ermitteln läßt [1]. Maßgebend ist dabei etwa, daß der Käufer ein erkennbares Interesse an der Lieferung aus eigener Produktion des Verkäufers hat [2]. Eine beschränkte Gattungsschuld ist anzunehmen, wenn die vom Lieferanten zu erbringende Leistung unter einem bestimmten Warenzeichen in den Verkehr gelangt. Dieselbe Auffassung ist geboten, wenn der Verkäufer nicht selbst Waren herstellt, sondern als Zwischenhändler stets nur die Erzeugnisse einer bestimmten Fabrik vertreibt [3].

---

1) Larenz I S.128; Würdinger in HGB-RGRK Vorbem. § 373 Anm. 54 c
2) RGZ 96, 128
3) Würdinger in HGB-RGRK § 374 Anm. 54 d

Für eine gewöhnliche Gattungsschuld würde etwa sprechen,wenn der Veräußerer, wie es oft der Fall ist, nicht produziert, sondern selbst Handel treibt.
Die Fristverlängerungsklausel hat ihre Bedeutung als gesetzesmodifizierende AGB-Abrede bei normalen und beschränkten Gattungsschulden. Bei ersteren liegt das Interesse des Verkäufers, bei Störungen des eigenen Betriebes die Haftung aus §§ 279,285 auszuschließen auf der Hand; bei letzteren entzündet sich -wie noch zu zeigen sein wird- das juristische Interesse daran, daß der Lieferant oft Fristverlängerungsgründe aufzählt, die ihrer Art nach nicht geeignet sind, die Lieferung aus dem eigenen Betrieb unmöglich zu machen, oder aber als von dem Lieferanten zu vertretende Umstände angesehen werden müssen.

II Die einzelnen Störungsereignisse

In allen untersuchten Wirtschaftszweigen tauchen als Gründe für Lieferfristverlängerung in bunter Reihenfolge immer wieder auf: Höhere Gewalt, behördliche Maßnahmen, Betriebsstörungen, Arbeitskampfmaßnahmen, Unruhen, Krieg, Feuer, Rohstoffmangel, Maschinenbruch, Verzögerung in der Auslieferung, Ausfuhrverbote usw.. Die untersuchten Wirtschaftszweige zeigen in der Aufzählung der einzelnen Fristverlängerungsgründe keine wesentlichen Abweichungen. Diese Tatsache, die aus der Natur der Sache erhellt -solche Ereignisse erschweren schlechthin jedem Lieferanten, gleichgültig, welche Erzeugnisse er vertreibt, eine pünktliche Lieferung-, ermöglicht weitgehend eine einheitliche Behandlung der einzelnen Gründe.
Die Bedeutung eines jeden Begriffs ist aus der Fassung der Klausel und dem Zusammenhang mit den in ihr genannten Befreiungsgründen zu entnehmen [1]. Dabei fällt auf, daß Umstände, wie Feuer, Streik, Unruhen, Maschinenbruch, nicht rechtzeitige Selbstbelieferung, Krieg, Rohstoffmangel usw. nach dem Sprachgebrauch des Lebens von dem umfassenden Begriff der Betriebsstörung gedeckt werden. Aus diesem Grunde ist bei der Behandlung der einzelnen Störungsereignisse von dem zentralen Begriff der Betriebsstörung auszugehen und zunächst der eigent-

1) Allgem. Meinung RGZ 94,81; 100,262; Ritter § 346 A 11 (zur 'Betriebsstörungsklausel')

liche Zweck der Betriebsstörungsklausel ins Auge zu fassen.

1) Die Betriebsstörungsklausel

Dem Lieferanten geht es bei der Aufstellung der Betriebsstörungsklausel um die Vermeidung von Nachteilen, die ihm im Falle einer uneingeschränkten Lieferungsverbindlichkeit drohen. Das Interesse des Lieferers geht dahin, nur dann liefern zu müssen, wenn ihm dies ohne besondere Opfer und Schwierigkeiten möglich ist.
Der Begriff der Betriebsstörung ist kein Rechtsbegriff. Er gehört der Sprache des täglichen Lebens an. Seine thematische Breite kann in allen Schattierungen zwischen der höheren Gewalt und leichten Fabrikationsbehinderungen verstanden werden. Die Rechtsgültigkeitsprüfung setzt daher die Klärung der Frage voraus, welches Ausmaß eine ‚Betriebsstörung' nach Treu und Glauben mindestens erreichen muß, damit sie vernünftigerweise als ein Grund für eine Lieferfristverlängerung aufgefaßt werden kann.

a) Allgemeine Bedeutung der Betriebsstörungsklausel

Eine Betriebsstörung, beruhe sie nun auf Krieg, Rohstoffmangel oder ähnlichen Umständen, kann ein Ausmaß erreichen, daß nicht nur Leistung aus dem Warenreservoir des Lieferanten unmöglich ist, sondern Leistung aus der Gattung schlechthin. Dieses Maximum an möglicher Betriebsstörung genügt den Anforderungen,die an ein zu Lieferfristverlängerungen berechtigendes Störungsereigniseignis gestellt werden müssen. Eine Betriebsbehinderung dieses Ausmaßes wäre nach der gesetzlichen Regelung schon als ein Fall höherer Gewalt zu qualifizieren, der Lieferung aus der Gattung schlechthin unmöglich machte. Auch ohne AGB-Regelung würde der Lieferant gemäß §§ 279, 275 von seiner Lieferungsverpflichtung frei, denn er hat -in allen Regelfällen- die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten und es liegt nach vorgegebener Sachlage ein Fall des Untergangs der ganzen Warengattung vor. Weiterhin ist denkbar, daß der Betriebsablauf durch Umstände behindert wird, die ihre Ursache gerade in dem konkreten Einzelunternehmen haben. In diesem Fall sind Konkurrenzfirmen, die gleiche Warengattungen herstellen, in der Lage, ihren Fabrikationsbetrieb in gewohnter Weise durch-

zuführen. Es ist für den Unternehmer daher durchaus möglich, die vertragsgemäß versprochene Leistung noch auf dem Markt zu erwerben, um sodann die Verpflichtung gegenüber seinem Käufer zu erfüllen. Man denke z.B. an den Fall, daß ein Unternehmer in seinem Betrieb sowohl das Roh- wie auch das Fertigprodukt einer Ware herstellt [1] und die zur Herstellung des Rohproduktes erforderlichen Maschinen ausfallen. Für den Unternehmer wäre es ein Leichtes, sich das Rohmaterial von einer anderen Lieferfirma zu beschaffen, um dann im eigenen Betrieb das Fertigprodukt herzustellen. Allerdings wird es sich in aller Regel nicht vermeiden lassen, für das Rohprodukt einen höheren Preis zu zahlen, als den, den er bei eigener Produktion aufgewendet hätte.
Rechtlich interessierende Frage ist also, ob der Lieferant, der eine Betriebsstörungsklausel in seine AGB aufgenommen hat, zu solchen Mehraufwendungen verpflichtet ist, zumindest für den Fall, daß der Kunde sich zur Zahlung des Mehrpreises des Rohmaterials bereiterklärt.

b) Die Auslegungsmethode des RG

Das RG hat sich in zahlreichen Entscheidungen [2] auf den Standpunkt gestellt, daß es für die Geltung der Betriebsstörungsklausel allein auf den Eintritt der in ihr genannten Ereignisse ankomme. Entscheidend sei nicht, daß die Betriebsstörung die Einhaltung der vertraglichen Lieferzeitvereinbarung unmöglich mache, sondern daß Umstände eingetreten seien, die potentiell in der Lage sind, auf die Lieferung wesentlich störend einzuwirken [3]. Dieses Auslegungsergebnis hat das RG stets ermittelt bei Betriebsstörungsklauseln, die sich darauf beschränken, einzelne Störungsereignisse aufzuzählen, ohne eine Beziehung zu einer tatsächlichen Fabrikationsstörung herzustellen.

---

1) Wie es oft vorkommt, z.B. in der eisenschaffenden Industrie, in der NE-Metallindustrie, in der chem.u.pharm. Industrie u. in der Ledererzeugungs- u.-verarbeitungsindustrie
2) z.B. RGJW 1916,316,958,1035,1186; RGJW 1917,668; RGDJZ 1924, 908; RG Recht 1916,197; 1919,140; RGLZ 1921,565
3) RGDJZ 1916,130; RGZ 87,92

Beispiel: ‚Feuer, Streik, Maschinenbruch, Blockade, Betriebsstörung, Aus- und Einfuhrverbot sowie sonstige Fälle höherer Gewalt vorbehalten'.
Das RG hat bei der Prüfung der Rechtsgültigkeit der Betriebsstörungsklauseln diese zunächst ausgelegt, um hernach ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen. Obwohl demnach in den praktisch entschiedenen Fällen eine -im normalen Vertragsverhältnis i.a. R. unproblematische- Auslegung bereits stattgefunden hat, muß diese dennoch auf das sorgfältigste auf ihre Richtigkeit überprüft werden, da die frühere Rechtsprechung auf der Suche nach Abwehrmitteln gegen unlautere AGB sich nicht mehr auf eine eigentliche Auslegung beschränkte, sondern vielfach aus Billigkeitserwägungen an sich eindeutig formulierte Vertragsverhältnisse korrigierte. So hat z.B. die Rspr.[1] die Gültigkeit einer Klausel anerkannt, nach der der Unternehmer unter Ausschluß aller Schadensersatz - und Gewährleistungsansprüche sich lediglich dazu verpflichtete, Mängel, die innerhalb bestimmter Fristen auftraten, durch Nachbesserung oder Nachlieferung zu beseitigen, hat dann aber die Klausel in der Weise a u s g e l e g t, daß nur bestimmte Einzelfehler, nicht aber Konstruktionafehler oder Unbrauchbarkeit des ganzen Stückes unter die Klausel fielen [2], oder hat ausgesprochen, daß im Falle fruchtlos versuchter oder unzumutbarer Nachbesserung das Recht der Wandlung bestehen bleibt [3]. In Wahrheit handelt es sich bei dieser 'Interpretation' nicht mehr um Auslegung, die ihrem Wesen nach Inhaltsermittlung und nicht Inhaltswertung ist, sondern um einen Fall richterlicher Vertragskorrektur [4]. Da heute mehr und mehr enge Rechtsgültigkeitsmaßstäbe für AGB angewandt werden, hat das für diese Zwecke rechtsdogmatisch völlig ungeeignete Mittel der Auslegung zurückzutreten. Bei der Untersuchung von Rechtsprechungsfällen, die Rechtsgültigkeitsprüfungen von AGB zum Gegenstand haben, muß man sich infolgedessen stets bewußt

---

1) RGJW 26,2526; RGLZ 29,1031
2) RGZ 87,335; 142,353; RGJW 16,36; RGLZ 1931,1268,1379
3) RGZ 87,335; 96,268; RGLZ 21,449; 31,1379; Warn 32,Nr.59; s.auch BGHZ 22,96; Staudinger-Ostler § 476, A 4
4) vgl. Raiser S. 469; Lange S.50; Michel S.43; Lukes, Festschr. S.472; dafür Herschel DR 41,1727 ff.; Raiser Streitgespräch E 28

sein, daß das von der Rechtsprechung ermittelte Auslegungsergebnis u.U. durch im Grunde falsche Erwägungen zustande gekommen ist. Daher ist es nicht angängig, von den von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsergebnissen als etwas Vorgegebenem auszugehen. Vielmehr muß bei jeder Klausel zunächst ihr durch -echte- Auslegung zu ermittelnder Sinn festgestellt werden.

c) Die eigentliche Auslegung von AGB-Klauseln

Die Auslegung bei AGB-Verträgen beurteilt sich nach gesicherter und richtiger Erkenntnis nach anderen Maßstäben als die Auslegung von Einzelrechtsgeschäften [1]. AGB sind nicht für einen konkreten Einzelfall aufgestellt worden; sie gelten vielmehr für eine Vielzahl von Einzelgeschäften als Vertragsgrundlage. Ihr durch Auslegung zu ermittelnder Sinn kann nicht in jedem Fall ein anderer sein. Wille und Absicht der einzelnen Vertragspartei dürfen daher nicht Kriterien für die Auslegung sein. Es kommt vielmehr darauf an, wie ein vernünftiger und redlicher Vertragspartner den Inhalt der AGB verstehen durfte [2]. AGB werden daher losgelöst vom Einzelfall objektiv und generell nach Gruppeninteressen ausgelegt [3]. Auf dieser Grundlage ist daher die Klausel:

'Feuer,Streik... sowie sonstige Fälle höherer Gewalt vorbehalten'

auszulegen.

d) Die Auslegung der Betriebsstörungsklausel:‚Feuer, Streik ... Betriebsstörung vorbehalten'.

Zu diesem Zweck ist zunächst das dem durchschnittlich begabten Käufer erkennbare wirtschaftliche Motiv, das mit Aufstellung der Klausel verfolgt wird, zu untersuchen. Bei loyaler Betrachtung soll die Klausel den Lieferanten davor schützen, bei Eintritt gewisser die Fabrikation hindernder Ereignisse die Erfüllung des Vertrages unter Opfern zu bewirken, die ihm bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge nicht erwachsen wären. Seine

1) BGH 8,56; 17,3; BGH VersR 63,45; BGH NJW 62,1101
2) RGZ 81,117; 96,209; 98,122; 102,372; 148,42; BGH 1,85; 7,368; 8,56; 17,3; weitere Hinweise bei Mroch S.16; Schumann I 33
3) Lukes, Festschr. S. 471 Anm. 56; Krischer S.24

kalkulatorischen Grundlagen sollen nicht dadurch umgestürzt werden, daß er einen Vertrag unter Aufwendung erheblicher zusätzlicher Mittel erfüllt, indem er etwa teurer einkauft bzw. produziert als wieder verkauft. Diese Motivation liegt der Behinderungsklausel erkennbar zugrunde [1]. Gleichwohl ist damit noch nicht die entscheidende Frage beantwortet, ob der durch Auslegung zu ermittelnde Sinn dahin geht, den Lieferanten bei Eintritt der vorbezeichneten Ereignisse schlechthin von der Lieferungsverpflichtung freizustellen, oder ob darüberhinaus der Nachweis einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Lieferung vom Lieferanten erbracht werden muß. In der Nennung einzelner Ereignisse neben der Betriebsstörung, wie insbesondere etwa Maschinenbruch, Feuersbrunst, Aufruhr, Teilstreik wird deutlich, daß in der Betriebsstörungsklausel keineswegs immer Umstände genannt werden, die ihrer Art nach geeignet sind, in umfassender Weise die Möglichkeit zur Produktion unmöglich zu machen. Offensichtlich will der Lieferant auch bei kleineren Störungsereignissen eine Verlängerung der Lieferfrist in Lauf setzen dürfen. Andererseits kann jedoch auch nicht jeder Maschinenbruch, jeder Streik und jeder Krieg in einem entlegenen Teil der Welt als ein Störungsumstand im Sinne der Klausel verstanden werden [2]. Es sind vielmehr unter Betriebsstörungsereignissen der in der Klausel genannten Art nur solche zu verstehen, die auf den Betrieb des Lieferanten praktisch meßbaren Einfluß auszuüben in der Lage sind. Eine Störung des Betriebs durch das Störungsereignis muß nach natürlicher Lebenserfahrung höchst wahrscheinlich sein [3]. Da die Klausel Störungsereignisse aufzählt, ohne auf eine dadurch bewirkte Unmöglichkeit oder Erschwerung rechtzeitiger Lieferung hinzuweisen, ist bei Abstellung auf einen objektiv urteilenden, durchschnittlich veranlagten Kunden aus der Klausel nicht erkennbar, daß der Lieferant zum Nachweis der tatsächlichen Un-

---

1) vgl. Staadecker JW 1914,848; Oßwald JW 1915,231
2) vgl. RGZ 87,92
3) Oßwald JW 1915, 23o

möglichkeit verpflichtet sein will [1]. Ein in diese Richtung gehender Wille hat in der oben dargestellten Klausel -d.i. eine Form der immer wieder vorkommenden Behinderungsklausel- nicht einmal Anklang gefunden. Verfehlt ist eine frühere Literaturmeinung [2], die glaubte, zwischen einzelnen Störungsereignissen -Krieg auf der einen Seite, die übrigen Behinderungsumstände auf der anderen Seite- in der Weise unterscheiden zu müssen, daß bei ‚Krieg' der Eintritt als solcher Hinderungsgrund sei und bei den übrigen Umständen der Nachweis der tatsächlichen Unmöglichkeit erbracht werden müsse. Für eine solche Auslegung ergibt sich kein Anhaltspunkt. ‚Krieg' ist als Störungsereignis bei keiner untersuchten Klausel besonders hervorgehoben worden. Es hat daher eine einheitliche Auslegung stattzufinden [3].

Die Betriebsstörungsklausel ist damit in ihrem rechtlichen Sinngehalt herausgestellt. Die Vertragsbestandteil werdende Intention des Unternehmers zielt auf ein Recht zur Lieferfristverlängerung aufgrund gewisser Störungsereignisse, wobei allein entscheidend der Eintritt der beschriebenen Umstände und nicht das Ausmaß ihrer Folgen ist. Die Störungsereignisse müssen ihrer Art nach nur geeignet sein, auf den Betrieb des Lieferanten störend einzuwirken.

e) Zur Rechtswirksamkeit der Klausel

Bei der Rechtsgültigkeitsprüfung ging die Rspr.[4] ganz von den Umständen des einzelnen Falles aus, wobei sie die Klauselregelung, abstrahiert vom konkreten Vertrag, für unbedenklich gültig hielt. Allein die besonderen Umstände des Einzelfalles konnten einmal einen mit dieser Klausel geschlossenen Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen lassen. Das Gebiet der Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf die Klausel war daher naturgemäß sehr

---

1) dasselbe Ergebnis, auf dem Wege anderer Auslegungsgrundsätze, erreichen: RGZ 87,92; RGLZ 1916,316; RGJW 1916,118; Starke LZ 1915,672; Staadecker JW 1914,848; siehe i.ü.die Zusammenstellung der Rspr. bei Plum JW 1916,1359 ff.
2) Oßwald JW 1915,202,203,230; Bundschuh DJZ 1915,272
3) Starke LZ 1915, 671
4) vgl. z.B. RGZ 87,92; RGZ JW 1916,118

beschränkt [1], zumal die Rspr. äußerst strenge Maßstäbe für das Vorliegen einer zur Berufung auf § 242 oder § 138 ausreichenden Unbilligkeit forderte [2]. Die etwas starr anmutende Rspr. wird z.T. darauf zurückzuführen sein, daß es sich bei den entschiedenen ‚Betriebsstörungsfällen' immer um ‚Krieg' als Betriebshindernis handelte, und ein Schutz der Warenlieferanten im Interesse einer allgemeinen und breiteren Warenstreuung wünschenswert erschien. Zum großen Teil hatten die Betriebsstörungen einen Umfang erreicht, der eine Lieferung ohnehin unmöglich machte.
Allein das OLG München [3] wollte in konkreten Einzelfällen den Hinweis auf die Kriegsklausel mit der Berufung auf § 826 zurückschlagen, wenn der Verkäufer, der ohne Schädigung seines Vermögens erfüllen konnte, die Klausel dazu mißbrauchte, um den Käufer zur Bewilligung eines höheren Preises zu zwingen.

aa) Die gesetzliche Regelung

Um festzustellen, wie weit sich diese AGB-Regelung vom Gerechtigkeitsgehalt der durch sie verdrängten Dispositivnormen entfernt,ist zunächst der gesetzliche Rechtszustand ins Auge zu fassen. Der Käufer von Gattungssachen hat nach der gesetzlichen Regelung (§§ 279,285) die Verzögerung der Leistung in allen Fällen, gleichgültig, ob verschuldet oder nicht, zu vertreten, in denen Leistung aus der Gattung noch möglich ist. Das gleiche gilt bei beschränkten Gattungsschulden mit der Einschränkung, daß solange gehaftet wird, wie die Leistung aus dem (beschränkten) Vorrat noch möglich ist.
Die Rspr. und ihr folgend die Literatur hat darüberhinaus Grundsätze entwickelt, die ein Freiwerden des Sachschuldners im Gefolge haben, obwohl eine objektive Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung nicht bejaht werden kann. Dabei handelt es sich in diesen Fällen allerdings meistens um ein

1) Plum JW 1916, 1362
2) vgl. etwa RG Warn Rspr. 1916,298; Reiche JW 1914,903; Löwenstein I JW 1914,948; RGZ 168,328; RG HRR 34,560; Staudinger-Weber § 242 Anm. C 25
3) LZ 1915, 241

Rücktrittsrecht des Veräußerers und nicht um eine Lieferfristverlängerung. Die Grundsätze, die zum Rücktrittsrecht entwickelt worden sind, können jedoch auf das dem BGB unbekannte Recht zur Fristverlängerung -das zunächst ja untersucht werden soll- übertragen werden, da es in beiden Fällen darum geht, den Sachschuldner vor einer allzu strengen Durchführung des Prinzips der uneingeschränkten Haftung für Gattungssachen (§§ 279,285) zu bewahren.
Der Vorbehalt eines Rechts, die Lieferzeit bei Vorliegen besonderer Umstände zu verlängern, ist -soweit dem Käufer nur eine angemessene Fristverlängerung zugemutet wird (vgl. hierzu § 11 V)- überdies ein Minimum gegenüber der Zuerkennung eines Rücktrittsrechts zugunsten des Verkäufers, behält der Käufer im ersteren Fall doch wenigstens seinen Anspruch auf Lieferung. Das Recht, die Lieferzeit unter besonderen Umständen neu zu bestimmen, bedeutet lediglich eine Hinausschiebung des Fälligkeitszeitpunkts der Leistung, wobei die Verpflichtung selbst, die Leistung zu erbringen, unberührt bleibt. Aus diesem Grunde erscheint es gerechtfertigt, die zum Rücktrittsrecht entwickelten Grundsätze auch auf das Recht, eine vereinbarte Lieferzeit zu verlängern, anzuwenden.
Die Versuche, Schuldnern in Fällen zu helfen, in denen die Leistung objektiv zwar nicht unmöglich, die Erbringung derselben jedoch nur mit außergewöhnlichem Aufwand an Kapital durchzuführen ist, sind unter den Vokabeln der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, der überobligationsmäßigen Schwierigkeit, der Opfergrenze, der Nichtzumutbarkeit usw. bekannt. Abgesehen von unwesentlichen Abweichungen in der genauen Inhaltsbestimmung der einzelnen Begriffe [1] liegt ihnen allen im Grunde das Prinzip der Nichtzumutbarkeit zugrunde. Danach besteht eine Leistungspflicht nicht mehr, „wenn die Erfüllung unter Umständen stattzufinden hätte, die dem, was die Beteiligten vernünftigerweise beabsichtigt haben, so wenig mehr entspricht, daß der Erfüllungszwang mit der durch §§ 157, 242 BGB gebotenen Rücksichtnahme auf Treu und Glauben und

1) vgl. hierzu Staudinger-Weber § 242 B 43-49,95-98

auf die Verkehrssitte unvereinbar wäre' [1].
Entscheidend für den Fortfall der Leistungspflicht ist sonach das objektive Mißverhältnis zwischen dem Erfolg der zu erbringenden Leistung und den hierzu erforderlichen Mitteln und subjektiv die Nichtzumutbarkeit des Aufwands der erforderlichen Mittel [2].
Zwar ist nicht in jedem Fall der Fortfall der Leistungspflicht die Folge der Anwendung des Grundsatzes der Nichtzumutbarkeit. Ein Fortfall der Leistungspflicht kommt nur in den Fällen in Betracht, wenn Treu und Glauben die völlige Lösung vom Vertrage gebieten. Grundsätzlich jedenfalls werden die Verträge, deren Durchführung für den einen Vertragspartner nicht mehr zumutbar sind, nach Treu und Glauben angepaßt [3].Nach dieser Anpassungsregel kann es bei nur vorübergehender Behinderung in der Leistungserbringung zu einer Lieferfristverlängerung auch nach den BGB-Vorschriften kommen.
Die Bewertung nach der gesetzlichen Regelung zeigt damit folgendes Bild:

1. Ist Leistung aus der Gattung objektiv unmöglich, so kommt der Schuldner ohnehin nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§§ 279,285) nicht in Verzug [4].
2. Ist die Leistung aus der Gattung mit Erschwernissen verbunden, gleichgültig, ob sie ihre Ursache im Betrieb des Sachschuld- oder außerhalb desselben haben, so bleibt der Veräußerer wegen der Gattungsschuldeigenschaft zur Leistung verpflichtet und hat die Verzögerung der Leistung nach den §§ 279,285 zu vertreten.
3. Erst wenn die Behinderungsgründe ein solches Ausmaß erreicht haben, daß man es dem Schuldner schlechterdings nicht mehr zumuten kann, seine Verpflichtung zu erfüllen, kann ihm über die Grundsätze der Nichtzumutbarkeit,der Opfergrenze oder der überobligationsmäßigen Schwierigkeiten nach Maßgabe des § 242 eine Lieferfristverlängerung oder unter Umständen ein völliger Rücktritt vom Vertrage zugebilligt werden.

---

1) RGZ 94,69; Staudinger-Weber § 242 B 47
2) vgl. Enn.-Lehmann § 29 I 2,4; Larenz S.237; Heck S.88
3) Allgem.Meinung,vgl.Staudinger-Weber § 242 B 138;Würdinger in HGB-RGRK Vorbem.§ 373 Anm.54 e; BGHZ 2,188;BGH LM Nr.12 zu § 242 (Bb);BGH LM Nr.14 zu § 242 (Bb); BGH MDR 1951,154; BGH Betrieb 1956,301,915
4) vgl. etwa RGZ 42,114; 107,156; 146,66

bb) Vergleich mit der AGB-Abrede

Dieser gesetzlichen Regelung ist nach dem vorangestellten Untersuchungsschema nunmehr die AGB-Klausel in der Form:

> 'Im Falle von Behinderung durch höhere Gewalt, Streik, Störungen bei den Lieferwerken, Transportstörungen und ähnlichen Ereignissen ist das Lieferwerk berechtigt, während der Dauer der Behinderung die Lieferung einzustellen.'

gegenüberzustellen.
Wie bereits ausgeführt ist die Klausel in dem Sinne auszulegen, daß der Lieferant keineswegs nur dann frei wird, wenn die genannten Störungsereignisse völlige Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben, sondern wenn sie überhaupt eintreten. Voraussetzung ist für die Art des Störungsereignisses lediglich, daß der Behinderungsumstand auf den Betrieb des Lieferanten wesentlich störenden Einfluß zu nehmen geeignet ist. Dem Gläubiger der Sachleistung stünden demnach nur dann gleiche Rechte nach der gesetzlichen und der AGB-Regelung zu, wenn entweder die Gattung völlig untergegangen wäre, oder aber die Störungsereignisse ein solches Ausmaß erreichten, daß dem Schuldner nach Trau und Glauben das Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zumutbar wäre. Darüberhinaus wäre der Schuldner der Sachleistung nach der gesetzlichen Regelung auch beweispflichtig, daß die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung bzw. die Unmöglichkeit der Erbringung pünktlicher Lieferung von ihm zu vertreten ist, §§ 282,285. Gerade diese günstige Beweisposition wird dem Geschäftspartner, der zu AGB abschließen muß, genommen. Die Klausel will dem Lieferanten ja gerade den Nachweis der tatsächlichen Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung ersparen. Das Vorliegen des Störungsereignisses mit seiner generellen Eignung zur Fabrikations- oder Auslieferungsstockung genügt, um die Lieferfristverlängerung in Lauf zu setzen. Daher würde es für das Vorliegen des Klauselfalles grundsätzlich bedeutungslos sein, wenn der Lieferant noch so viel Lagerware zur Verfügung hätte, um alle laufenden Verträge zu erfüllen. Ja die erkennbare Absicht des Verkäufers, unter Berufung auf die Klausel von den früher geschlossenen Verträgen Abstand zu nehmen, um neue, für ihn günstigere Abschlüsse zu tätigen, könnte nur in konkreten Einzelfällen zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben führen. Bei Besinnung auf den

Gerechtigkeitsgehalt der durch die AGB-Regelung ausgeschlossenen Dispositivvorschriften (s.o. S.38) erscheint die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Klausel daher recht zweifelhaft.
Am wenigsten problematisch ist dabei der Ausschluß der §§ 279, 285. Die gesetzliche Regelung der Leistungsverpflichtung bei Gattungsschulden ist für den Sachschuldner sehr hart. Allein deswegen einen Ausschluß der §§ 279,285 für gerechtfertigt zu halten [1],kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ein Abweichen von der gesetzlichen Dispositivregelung ist in AGB grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sachlich gerechtfertigte Gründe es gebieten. Die in dieser Arbeit untersuchten verarbeitenden Gewerbe und die Unternehmen der Eisen- und NE-Produktion sind ihrer Eigenart nach überwiegend auf die Produktion eigener Waren eingestellt. Würden von vielleicht hunderten in eigener Produktion hergestellten Gegenständen Produktionsschwierigkeiten bei einigen Warengattungen auftreten und wäre der Lieferant dann verpflichtet, sich dieselben anderweit auf dem Markt zu beschaffen, so würde dies, da sich bei einer Vielzahl von Produkten Lieferungsschwierigkeiten bei der einen oder anderen Ware immer wieder einmal einstellen werden, eine bedeutende Erschwernis u.U. Einrichtung eines besonderen Einkaufsbüros, Einstellung von besonderen Reisenden usw. bedeuten. Hinzu kommt, daß der Abnehmer diese offenkundige Interessenrichtung des Lieferanten erk n kann und sie als redlicher Vertragspartner auch billigen muß. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, der im Falle seiner Verletzung u.U. zur Unzulässigkeit einer Klausel führen kann [2],steht demnach nicht dieser Klausel entgegen. Daher wird man die Beschränkung der Lieferungsverpflichtung des Lieferanten auf die Lieferungsmöglichkeit aus dem eigenen Unternehmen noch als sachlich gerechtfertigt ansehen können. Anders verhält es sich jedoch mit der Bestimmung, daß der Sachschuldner nicht verpflichtet ist, sein Unvermögen zur pünktlichen Lieferung zu beweisen. Der nach der gesetzlichen Regelung erforderliche Nachweis des Nichtvertretensmüssens des den Verzug begründenden Umstandes beeinträchtigt den Schuldner nicht

1) Brobowski S.97
2) Das gilt insbesondere für die sogen.verkehrstypischen Bedingungen

in seinen schutzwürdigen Belangen. Vielfach wurde, insbesondere im Hinblick auf Kriegsklauseln [1], hervorgehoben, der Unternehmer müsse bei Betriebsstörungen unbedingt volle Aktions- und Dispositionsfreiheit in der Verfügung über seine Ware haben. Er könne ja selbst nicht damit rechnen, daß seine Warenlieferanten ihm gegenüber erfüllten. Die Preise könnten durch den Krieg erheblichen Änderungen unterworfen sein. Verlust von Arbeitskräften könne den Betrieb empfindlich stören. Es müsse ein Eindringen in die Geschäftsinterna vermieden werden [2]. Diese Gründe, die eine sachliche Berechtigung für die erwähnte Klauselbestimmung hergeben sollen, vermögen keineswegs zu überzeugen. Ob ein Lieferant mit eigener Bedarfsdeckung rechnen kann oder nicht, ob sein Betrieb durch Arbeitermangel eingestellt werden muß, hat mit der Frage, ob diese Umstände nachgewiesen werden müssen, überhaupt nichts zu tun. Auch von einem Eindringen in die Geschäftsinterna kann in diesen Fällen nicht gesprochen werden. Betriebsstörungen, die Lieferungen unmöglich machen, sind i.a.R. so offenkundig, daß sie unmöglich zu den geschäftsinternen Vorgängen gerechnet werden können. Zudem ginge das Interesse des Gläubigers auf Erkennbarkeit und Nachprüfung der Lieferungsunmöglichkeit in jedem Fall jenem Gesichtspunkt auf Wahrung von Geschäftsinterna vor. Auch der oft vorgebrachte Grund der Beweisschwierigkeit [3] der Unmöglichkeit oder einer wesentlichen Erschwerung der Lieferung kann nicht als stichhaltig angesehen werden. Jedwedes betriebliches Störungsereignis, das generell den Betrieb des Lieferanten zu stören geeignet ist, hat die Vermutung für sich, daß Liefertermine nicht eingehalten werden können.Es sind keine vernünftigen Gründe ersichtlich, die den Nachweis einer Unmöglichkeit zu pünktlicher Lieferung als für den Schuldner besonders schwierig erscheinen lassen. Die Beweispflicht für sein Unvermögen zur pünktlichen Lieferung muß der Schuldner insbesondere aber auch deshalb tragen, weil i.a.R. nur er allein genaue Einblicke in die inneren Betriebs-vorgänge hat und nur er darzutun

1) vgl. Starke, LZ 1915,668 ff.;672; Oßwald JW 1915, 202
2) Starke a.a.O. S. 673
3) OLG München LZ 1915, 241

und zu beweisen vermag, daß ihn an der Verzögerung kein Verschulden trifft. In den meisten Fällen wird der Gläubiger, weil ihm eben genaue Kenntnisse über die Verhältnisse im Lieferwerk fehlen, überhaupt nicht präzise zu beweisen vermögen, welcher konkrete -vom Schuldner zu vertretende- Umstand die Lieferung unmöglich gemacht hat. Mit gutem Grund bürden deshalb die §§ 282,285 BGB dem Schuldner der Leistung die Beweislast dafür auf, daß die Unmöglichkeit oder die Verzögerung der Leistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht.

Mit dem Ausschluß der Beweispflichtigkeit für nichtpünktliche Lieferungen können in der Hauptsache vielmehr nur eigennützige Zwecke verfolgt werden. Wie schon angedeutet, besteht die Gefahr, daß der Lieferant die Klausel dazu mißbraucht, die Lieferungen infolge der Warenknappheit anderweit zu höheren Preisen zu verkaufen, oder aber seine Abnehmer zwingt, einen höheren Preis für die Ware zu bewilligen als ursprünglich vorgesehen war [1]. Die Klauselbestimmung, daß das aufgrund einer irgendwie gearteten Betriebsstörung bewirkte Unvermögen zu pünktlicher Lieferung und damit auch das Nichtvertretenmüssen vom Lieferanten nicht nachgewiesen zu werden braucht, verkehrt daher den in den gesetzlichen Vorschriften der §§ 282,285 zu Tage tretende Gehalt an materieller Gerechtigkeit in sein Gegenteil. Nicht allein der Verzicht auf den B e w e i s des Unvermögens zur Leistung und des Nichtvertretenmüssens macht jedoch die Klausel unzulässig, sondern in erster Linie der Umstand, daß auf das gesetzliche Erfordernis der tatsächlichen Unmöglichkeit überhaupt verzichtet wird. Eine Verlängerung der Lieferfrist tritt nach dem Klauselinhalt allein dann schon ein, wenn das in der Klausel genanntes Störungsereignis auftritt. Eine Kausalität zwischen Störungsereignis und dadurch bewirkter Unmöglichkeit, die Leistung rechtzeitig zu erbringen, wird nicht gefordert. Nach der Klausel ist allein entscheidend, daß eine m ö g l i c h e U r s a c h e für eine Leistungserschwernis gesetzt wird, ob die tatsächliche Wirkung einer Unmöglichkeit, die Leistung zu

---

1) Staadecker JW 1914, 848

erbringen, eintritt, ist für den Klauselfall irrelevant. Damit hebt sich die Klausel in krasser Weise von der gesetzlichen Regelung ab, die allein die W i r k u n g, nämlich aufgrund irgendwelcher Ursachen überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig leisten zu können, entscheidend für die Frage sein läßt, ob Unmöglichkeit oder Verzug vorliegt.
Nach dem Klauselinhalt könnte sich der Lieferant u.U. auf den Klauselfall berufen, obwohl sein Betrieb in der gewohnten Weise weiterläuft [1], oder er soviel eingelagerte Ware besitzt, um alle laufenden Verträge zu erfüllen. Dieser Feststellung läßt sich, wie bereits angedeutet, nicht dadurch ihre Schärfe nehmen, daß der Lieferant etwa, was oft vorkommen mag, infolge veränderter Verhältnisse nicht mehr den gleichen Geldwert von seinem Abnehmer bekommt, wie er ihn ohne das Störungsereignis erhalten hätte. Ein solcher Umstand mag den Lieferanten über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Erhöhung des Preises berechtigen, ihm aber das Recht zu geben, tatsächlich noch zu erbringende Leistungen infolge von Währungsschwankungen z.B. als unmögliche zu behandeln, würde eine Umkehrung des vom Gesetz gewollten Interessenausgleichsschemas bedeuten.
Nach alledem verletzt die untersuchte allgemeine Betriebsstörungsklausel dadurch, daß sie auf das gesetzliche Erfordernis eines tatsächlichen Unvermögens zur rechtzeitigen Leistung sowie des Nachweises desselben verzichtet, den Gerechtigkeitsgehalt der durch sie verdrängten Dispositivnormen. Sie ist daher unzulässig.

2) Die 'besondere' Betriebsstörungsklausel

Den gerade gekennzeichneten Unzulässigkeitsgrund vermeiden Klauseln, die neben der Aufzählung einzelner Störungsereignisse auch deren Au-swirkungen in Form von Unmöglichkeit der rechtzeitigen Leistung als tatbestandliche Voraussetzungen nennen.

---

1) Staadecker a.a.O. S. 48; OLG München LZ 1915,241,242

'Behördliche Anordnungen, Betriebsstörungen, Streik, Waggonmangel, elementare Störungen und höhere Gewalt befreien den Verkäufer von der Lieferung für die Dauer und im Umfang ihrer Wirkungen.'

Klauseln dieser Art finden sich in allen untersuchten Wirtschaftszweigen. Sie treten nicht so oft auf, wie die gerade behandelte Klausel, die nach ihrem Wortlaut dem Lieferanten ein größeres Feld einseitiger Interessenverfolgung läßt. Die Besonderheit dieser Klausel besteht darin, daß die einzeln aufgezählten Störungsereignisse nur 'für die Dauer und im Umfang' ihrer Wirkungen von der Lieferverpflichtung befreien. Die Klausel ist zunächst auszulegen.
Unter den einzeln aufgezählten Störungsereignissen sind wie bei der anderen Klausel nur solche zu verstehen, die überhaupt wesentlich störenden Einfluß auf den Betrieb des Lieferanten nehmen können. Darüberhinaus genügt jedoch nicht mehr der bloße Eintritt des Störungsereignisses zur Geltung der Klausel, vielmehr sind ‚Dauer' und ‚Umfang' der Störung als bestimmende Voraussetzungen einer Lieferfristverlängerung als Rechtsfolge festgestellt. Das heißt also, daß sämtliche Hindernisse nur dann Lieferfristverlängerungen auslösende Gründe sind,wenn sie die Produktion verringern, verzögern oder unmöglich machen [1]. Der Verkäufer kann sich nur auf die Klausel berufen, wenn er tatsächlich erhebliche Leistungsschwierigkeiten hat. Da die Klausel ausdrücklich auf ‚Dauer und Umfang' des Hindernisses Bezug nimmt, ergibt sich hieraus zwingend, daß im Falle des Bestreitens von Störungsereignissen seitens des Abnehmers der Lieferant für das Vorliegen produktionsstörender Umstände beweispflichtig ist [2].
Schwierigkeiten bereitet allein daher noch die Auslegung der Worte: ‚für die Dauer und den Umfang ihrer Wirkungen'. Soweit die ‚Dauer' in Frage steht, ist offensichtlich, daß das zeitliche Ausmaß der Störung gemeint ist. Was bedeutet jedoch der

---

1) Zum gleichen Auslegungsergebnis kommen: RGJW 1916,1186; 1187; RG HansGZ 1916,232
2) Enn.-Lehmann § 50 I

‚Umfang der Wirkungen'? Sind hierunter die Lieferung unmöglich machende Wirkungen oder schon erschwerende Ausflüsse der Störung oder -ganz weit- nur irgendwie auf die pünktliche Lieferung einflußnehmende Umstände zu verstehen ?
Die Betrachtung der einzelnen Störungsereignisse zeigt, daß es sich hierbei keineswegs immer um Umstände handelt, die eine Lieferung unmöglich machen. In aller Regel führen sie sogar nur zu einer -meist allerdings erheblichen- Erschwernis pünktlicher Lieferung. Daher fallen in den ‚Umfang der Wirkungen' alle Folgen der Störung, die ein erhebliches Hemmnis für den Produktionsablauf bedeuten. Insoweit ein solch erhebliches Hindernis vorliegt, berechtigt die Klausel zur Fristverlängerung. Die Frage der Rechtsgültigkeit orientiert sich an den bereits einmal angewandten Rechtsgültigkeitsmaßstäben. Dabei ist schon behandelt worden, daß ein Abweichen von den gesetzlichen Vorschriften der §§ 279, 285 BGB in der Form, daß der Lieferant von Gattungssachen bei Unvermögen zur Lieferung aus eigenem Betrieb sich von der Verpflichtung anderweitiger Eindeckung freizeichnet, sachlich gerechtfertigt ist, und kein so weites Abweichen von der gesetzlichen Dispositivregelung bedeutet, daß hierdurch die Klausel rechtsunwirksam würde. Es bleibt daher nur zu prüfen, ob auch eine wesentliche Erschwernis der Liefermöglichkeit den Ausschluß der §§ 279,285 rechtfertigt.
Nach der gesetzlichen Regelung hat der Schuldner schlechthin jede Anstrengung zu unternehmen, um die geschuldete Leistung fristgerecht zu erbringen. Die Grenze seines Leistungseinsatzes ist die bereits erwähnte Opfergrenze oder Nichtzumutbarkeitsschranke. Eine wesentliche Erschwernis der rechtzeitigen Leistungserbringung fällt nicht mit dieser Opfergrenze zusammen oder liegt gar jenseits von ihr. Die wesentliche Leistungserschwernis liegt vielmehr zwischen dem normalen schuldnerischen Bemühen im Hinblick auf die Bewirkung der geschuldeten Leistung und der Opfergrenze.
Diese Erweiterung unternehmerischer Freizeichnung müßte,wenn sie rechtsgültig wäre, sachlich gerechtfertigt sein. Die

untersuchten Unternehmen, die unter dem Sammelbegriff ‚verarbeitende Gewerbe' zusammengefaßt wurden,befassen sich nicht mit dem bloßen Ein- und Verkauf von Waren. Die Tätigkeit des Lieferanten erschöpft sich infolgedessen nicht darin, einen bestimmten Warenposten von seinem Unterlieferanten zu beziehen, um ihn sodann in möglichst schnellem Umschlag wieder weiter zu veräußern. Die Art seiner planenden und vorausberechnenden Tätigkeit ist vielmehr bedeutend vielschichtiger. Der Erzeuger eines komplizierten technischen Gegenstandes hat nicht nur Sorge für die rechtzeitige Heranschaffung der notwendigen Einzelteile und Grundstoffe für die Herstellung seiner Produkte zu tragen, er hat die Fülle der zum ordnungsgemäßen Fabrikationsbetrieb erforderlichen Maschinen und Gerätschaften bereitzustellen.Weiterhin benötigt er eine ausreichende Menge an Spezialhandwerkern oder Spezialarbeitern, bei deren Ausfall nicht so ohne weiteres Ersatz beschafft werden kann. Die Gefahr des Ausfalls von Maschinen oder einer Fehleinstellung derselben ist gegeben, Arbeitszeitverkürzungen können eintreten. Bei der Vielzahl der möglicherweise plötzlich auftauchenden Fabrikationshindernisse können mehrere kleine Behinderungen zu einer ernsthaften Störung des gesamten Betriebes ausarten. Nach alledem ist ersichtlich, daß der Unternehmer, der Grundstoffe einkauft, um sie nach Verarbeitung als Fertigware wieder zu veräußern, ein aus den technischen Gegebenheiten herrührendes vielfältiges Betriebsrisiko [1] trägt. Bei plötzlichem Auftauchen einer Produktionsstörung wird er oft das zeitliche Ausmaß und den Umfang der Wirkungen des Störungsereignisses nicht abschätzen können. An einer wichtigen Maschine kann sich ein Fehler zeigen, der zwar bei oberflächlicher Reparatur schnell behoben werden könnte, so daß die Leistung zum vorgesehenen Liefertermin noch möglich wäre; bei dieser nur oberflächlichen Behandlungsweise würde die eigentliche Fehlerquelle vielleicht jedoch gar nicht entdeckt und beseitigt werden können. Ein gründlicher Ausbau wäre an sich erforderlich gewesen, wobei dann jedoch an pünktliche

1) Hase S. 47; Brobowski S. 97

Lieferung nicht mehr zu denken gewesen wäre.
Diese kleinen Beispiele zeigen, daß für den Unternehmer tatsächlich viel davon abhängt, schon bei erheblichen Störungen des Fabrikationsablaufs zu Lieferfristverlängerungen berechtigt zu sein. Der Unternehmer hat ein billigenswertes Interesse daran, daß seine unternehmerische Erfahrung darüber entscheidet, wie die betriebliche Störung am besten -und zwar auch zum Vorteil der Gesamtheit seiner Kunden- abgefangen wird.

Es erscheint daher angesichts der Notwendigkeit sehr weitreichender und diffiziler unternehmerischer Planung und der Kompliziertheit moderner Fabrikationsmethoden noch als sachgerecht, wenn der Lieferant in seinen AGB sich nicht nur bei Unmöglichkeit der rechtzeitigen Lieferung aus dem eigenen Betrieb freizeichnet und sich ein Recht zur Lieferfristverlängerung vorbehält, sondern auch schon dann, wenn eine echte e r h e b l i c h e Störung des Produktionsablaufs nachgewiesen wird [1].

Verlangt sonach die Behinderungsklausel einen Nachweis der Unmöglichkeit oder einer erheblichen Erschwernis rechtzeitiger Lieferung, so ist sie rechtsgültig.

3) Die ‚kombinierte' Betriebsstörungsklausel

Neben den bereits behandelten zwei Varianten der Betriebsstörungsklausel gibt es theoretisch wie auch -recht häufig- praktisch eine dritte Form:

> 'Höhere Gewalt (z.B.Betriebsstörung,Feuer,Streik, Aussperrung, Stillegung, behördliche Maßnahmen, Behinderungen in der üblichen Verschickungsart) sowie andere unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignisse, welche die Lieferung verhindern oder erschweren, berechtigen uns zur Lieferfristverlängerung.'

Diese sehr häufig vorkommende Klausel unterscheidet sich von den vorher untersuchten durch die Formulierung ‚Betriebsstörungen...sowie andere unvorhergesehehe oder unabwendbare Ereignisse, welche die Lieferung verhindern oder erschweren.'

---

1) Für die Metall- und Maschinenindustrie; Hase S.47;Brobowski S.97; für die Textilindustrie:Thiesing zu § 5 EB C S.7 u.8;Hub zu § 5 EB S.41,42;RGZ 87,94;RGZ 100,258 ff.(262)

Bei der gerade behandelten Klausel war es der grammatischen Stellung der Worte ‚welche die Lieferung verhindern oder erschweren' nach völlig eindeutig, daß sie sich auf alle vorher genannten Störungsereignisse bezogen. Das RG hat ‚kombinierte' Betriebsstörungsklauseln der oben zitierten Art nicht einheitlich ausgelegt. Z.T. hat es den Relativsatz nur auf ‚die anderen unvorhergesehenen und unabwendbaren Ereignisse'[1] bezogen, z.T. aber auch auf sämtliche vorher genannten Störungsereignisse[2]. Nach den bereits herausgestellten Grundsätzen könnte nur der letzterwähnte Sinnngehalt Rechtsgültigkeit beanspruchen. Die Schwierigkeit, diesen Sinngehalt richtig zu bestimmen, ist ein Problem der Auslegung[3]. Bei der Auslegung ist nicht nach formalgrammatischen Regeln zu verfahren[4], vielmehr kommt es darauf an, wie ein durchschnittlich begabter Rechtsgenosse und redlicher Geschäftspartner die Klausel verstehen durfte. Um die Klausel als rechtsgültig anzusehen, müßte sie den Sinngehalt haben, daß nur in den Fällen zu Lieferfristverlängerungen berechtigende Gründe vorliegen, wenn die aufgezählten Störungsereignisse zu einer tatsächlichen Unmöglichkeit pünktlicher Lieferung bzw. erheblicher Erschwernis geführt haben und der Lieferant dies nachgewiesen hat.

a) Auslegung zu Lasten des Lieferanten

Aber auch, wenn dieser Sinn nicht eindeutig ermittelt werden könnte, die andere Auslegungsmöglichkeit also auch gegeben wäre, würde die Klausel rechtlichen Bestand haben, da nach allgemeiner Meinung der Vorzug der Auslegung zu geben ist, die dem Abnehmer zum Vorteil, dem Aufsteller der AGB zum Nachteil gereicht[5].

---

1) RGJW 1916, 118; 257; RGDJZ 1916,131
2) RGJW 1916, 1187
3) Mroch S.17; Lukes,Festschr. S. 471 Anm. 56; Raiser S. 260
4) Mroch S. 17
5) vgl. etwa RGZ 117,107; 120,18; 123,141; 142,356; LG Hamburg BB 50,354; OLG Braunschweig VersR 52,146; BGH BB 52,329; BGH 5,115; 6,145; Haupt ZAkDR 1943,86; Baumbach-Duden Anh.I zu § 346, 3 B; Klauss NJW 54,905; Baur JZ 53,30; Raiser S. 265 mit weiteren Nachweisen

Diese Handhabung der Auslegung nach dem Grundsatz ‚im Zweifel gegen den Aufsteller' darf mit gutem Grund geschehen.Sie verträgt sich mit dem Wesen und den immanenten Schranken des Instituts der Auslegung. Die Feststellung der Mehrdeutigkeit einer Klausel und ihrer Anwendung in einem dem Aufsteller gegenüber ungünstigen Sinne führt nicht zu einer Inhaltskorrektur der Erklärung, ein Erfolg, der rechtsdogmatisch nicht durch das Mittel der Auslegung erreicht werden kann [1]. Die Erklärung wird vielmehr in einem Sinne gewertet, der ihr nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen beigemessen werden kann. Ob daneben auch ein anderer Sinngehalt angenommen werden könnte, spielt keine Rolle. Die Auslegung gegen den Aufsteller ist auch inhaltlich berechtigt; der AGB-Aufsteller hat es in der Hand gehabt, klare und eindeutige Klauseln zu schaffen. Hat er sich unklar oder zweideutig ausgedrückt, muß er billigerweise auch das Risiko tragen, daß sich die Vertragspartei die ihr günstige Auslegungsmöglichkeit zu eigen macht [2]. Der Grundsatz ‚im Zweifel gegen den Aufsteller' ist im übrigen ein Korrelat zu den Vorteilen, die der Aufsteller von AGB dadurch genießt, daß er rechtsnormenähnliche Vorschriften schaffen kann, die ihm i.a.R. nur Vorteile gegenüber der sonst gesetzlichen Vorschrift bieten [3]. Den Unternehmer trifft insofern eine Obliegenheit, klare Bedingungen zu schaffen [4].

Würde die Auslegung der Klausel folglich die Annahme einer Mehrdeutigkeit rechtfertigen, so würde der erwähnte Grundsatz dahin führen, daß der Lieferant nicht nur bei den ‚anderen unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignissen' den Nachweis einer erfolgten tatsächlichen Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung zu erbringen hätte, sondern auch in den übrigen Fällen der genannten Störungsereignisse. Falsch wäre es dagegen, den Grundsatz dahin zu verstehen, daß man die Auslegung der streitigen Klausel so vornehmen müsse, daß sie hernach rechtsungültig würde; im konkreten Fall also

---

1) Lukes, Festschr. S. 471
2) Raiser S. 265
3) Mroch S. 18
4) Schmidt S. 119

annehmen müsse, der Relativsatz bezöge sich nur auf die letztgenannten Hindernisgründe. Die Auslegung mehrdeutiger Erklärungen hat sich auch auf das ihr zugewiesene Gebiet zu beschränken. Sie hat lediglich festzustellen, welche u n m i t t e l b a r durch Auslegung ermittelten Sinnvarianten für den Aufsteller der AGB günstiger oder ungünstiger sind.
Für die zu behandelnde Klausel wäre daher die für den Lieferanten ungünstigere Auslegung, daß er bei jedwedem aufgezählten Störungsereignis dessen Auswirkungen in Form von Unmöglichkeit oder wesentlicher Erschwernis rechtzeitiger Lieferung nachweisen müsse.

b) Zulässigkeit der Klausel

Nachdem damit festgestellt ist, daß sowohl im Falle, daß die Klausel eindeutig den Nachweis der Unmöglichkeit für alle Hindernisgründe verlangte, wie auch für den Fall der Mehrdeutigkeit derselben, die Klausel rechtsgültig ist, braucht zur Entscheidung der Hauptfrage, nämlich der Rechtsgültigkeit dieser Klauselfassung, nur geprüft zu werden, ob die Klausel nicht eindeutig den Sinn verlautbart, daß nur bei den ‚anderen' Ereignissen der Nachweis der Unmöglichkeit durch den Lieferanten erbracht werden muß. Nur in diesem Fall wäre sie ungültig.
Nun kann keineswegs gesagt werden, daß die Klausel den eindeutigen Sinn hat, daß nur bei ‚anderen unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignissen' das Vorliegen und der Nachweis einer Lieferungsverhinderung oder Lieferungserschwerung durch den Lieferanten gegeben sein muß. Insbesondere der i.a.R. mit allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht sehr vertraute Abnehmer wird den ihm selbstverständlicher erscheinenden Sinn der Klausel entnehmen, und das ist zeimlich unzweifelhaft die ihm natürlicherweise gerechter vorkommende Auslegung, daß nämlich der Lieferant stets sein Unvermögen darzutun und zu beweisen hat. Daher muß die Klausel zumindest als mehrdeutig angesehen werden. Es gilt der Grundsatz der ‚benigna interpretatio' zu Gunsten des Abnehmers. Die Klausel hat danach den Sinn, daß

jedwedes Hinderungsereignis zu einer Unmöglichkeit oder wenigstens doch erheblichen Erschwernis rechtzeitiger Lieferung führen muß, und dieses von dem Lieferanten nachzuweisen ist. Damit unterscheidet sich die Klausel in nichts von der zuvor behandelten. Sie ist daher als rechtsgültig anzusehen.

Nachdem der umfassende Hinderungsgrund der ‚Betriebsstörung' untersucht worden ist, ist ein Blick auf die i.a.R. daneben aufgezählten Störungsereignisse zu werfen, die nach dem Wortlaut der Klausel auch zu Lieferfristverlängerungen berechtigende Gründe darstellen.Wie auch bei der Prüfung der Betriebsstörungsklausel soll keineswegs im einzelnen geprüft werden, wie lang die Fristverlängerung bemessen sein darf, welche Rechte des Kunden darüberhinaus ausgeschlossen werden usw. Das ist eine Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses von gesetzlich vorgesehenen Rechten des Käufers, die erst anschließend erörtert werden soll. Zunächst heißt die Frage nur, welche Gründe ihrer Eigenart nach überhaupt neben der ‚Betriebsstörung' zu einer Fristverlängerung führen können, denn der Bestand eines Kauf- oder Werklieferungsvertrages darf hinsichtlich der Fälligkeit der Verpflichtung des Sachschuldners nicht von Umständen abhängig gemacht werden, die mit höherer Gewalt überhaupt nichts mehr zu tun haben.

4) Höhere Gewalt

Soweit der Unternehmer sich ausdrücklich von ‚höherer Gewalt' freizeichnet, begegnet die Klausel keinen Bedenken, denn höhere Gewalt hat der Schuldner schon nach der gesetzlichen Regelung nicht zu vertreten. Bei Gattungsschulden befreit höhere Gewalt nach dem Gesetz zwar nur von der Haftung für nicht rechtzeitige Lieferung, falls die gesamte Gattung betroffen ist. Sofern sich der Lieferant jedoch erkennbar auch freizeichnet, wenn die Pünktlichkeit der Lieferung aus e i g e n e r Fabrikation durch höhere Gewalt verhindert wird -das ist regelmäßig erkennbar, wenn neben der höheren Gewalt Einzelumstände genannt sind, die nur den Betrieb des Lieferanten betreffen können-, so ist die Klausel aus den bereits bespro-

chenen Gründen (s.o.S.40) zulässig. Für diesen Fall muß in der Klausel (s.o.S. 47) jedoch eine Beziehung zu einer tatsächlichen Behinderung rechtzeitiger Lieferung geknüpft werden.

5) ‚Richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten'

In dem Katalog der Fristverlängerungsgründe findet sich recht häufig der Vorbehalt der richtigen und rechtzeitigen Selbstbelieferung. Nach ganz allgemeiner Meinung [1] ist die Klausel in dem Sinn zu verstehen, daß der Lieferant von der Einhaltung pünktlicher Lieferung befreit sein will, wenn und soweit ihn sein eigener Lieferant im Stich läßt. Die Klausel geht daher weiter als Klauseln wie etwa ‚Lieferungsmöglichkeit vorbehalten' oder ‚Lieferzeit freibleibend' [2]. Bekommt in letzteren Fällen der Veräußerer von seinem Lieferanten keine Ware mehr, gleichgültig, ob dieser leistungsfähig ist oder Lieferung zu Unrecht verweigert, so wird er von seiner Schuld nicht befreit [3]. Der Veräußerer hat ja regelmäßig die Möglichkeit, die geschuldeten Gattungssachen bei anderen Lieferanten zu beziehen [4]. Ihm bleiben damit Lieferungsmöglichkeiten offen. Der bloße Vorbehalt der Lieferungsfähigkeit oder -möglichkeit in AGB bietet dem Lieferanten daher regelmäßig wenig Schutz [5]. Durch die AGB-Bestimmung ‚richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten' wird die pünktliche Belieferung des Abnehmers von einem Deckungskauf bei einem Unterlieferanten abhängig gemacht. Der OGH [6] ist der Ansicht, daß dies aus dem Worte ‚Selbstbelieferung' folge, das, anders als der bloße

---

1) OGH NJW 49,22; OLG Hamburg BB 55,942; BGH 24,40 mit Anm. von Liesecke und Hefermehl MDR 1958,918; Staudinger-Ostler § 433 Anm. 62; Baumbach-Duden § 346 Anm.5; nach dem Vermerk Nr. 366 der Mitteilung der Handelskammern 1951 S.149 heißt es: ‚Die Klausel ‚richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten' erstreckt sich auf das Lieferungsrisiko. Der Verkäufer wird frei, wenn er seinerseits von seinem Verkäufer nicht beliefert wird.'
2) BGH MDR 58,683
3) RGJW 1925,49; WarnRspr. 1922 Nr. 91
4) Diese Möglichkeit besteht z.B. oft nicht im Weinhandel
5) von Godin in HGB-RGRK § 361 Anm. 17 g
6) OGH NJW 49,22

Ausdruck ‚Belieferung', schon auf eine bestehende Geschäftsverbindung zwischen AGB-Aufsteller und dessen Unterlieferant hinweise. Nun kann man zwar zweifeln, ob der Ausdruck ‚Selbstbelieferung' allein diesen Schluß zuläßt; der Gesamtinhalt der Klausel macht jedoch erkennbar, daß der Lieferant mit einem anderen Veräußerer schon bestimmte Abmachungen getroffen hat.Dies folgt aus dem Zusammenhang der Worte ‚richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung' vorbehalten. ‚Rechtzeitige Selbstbelieferung' bedeutet, daß der Lieferant selbst schon in vertraglichen Beziehungen zu einem Unterlieferanten steht, der verpflichtet ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt zu leisten, damit der Lieferant seinerseits rechtzeitig ausliefern kann. Das Wort ‚richtige' (erg.Selbstbelieferung) unterstützt diese Auslegung. Durch den Vorbehalt der ‚richtigen' Selbstbelieferung läßt der Lieferant erkennen, daß er seinerseits schon vertragliche Vereinbarungen über Art und Umfang der an den Vertragspartner weiterzuleitenden Waren getroffen hat, deren ‚richtige' Herstellung, Auswahl und Auslieferung er sich vorbehält [1].

Hingegen ergibt sich kein Anhaltspunkt aus der Klausel, daß die Befreiung von pünktlicher Lieferung nur bei bestimmten Hindernisgründen in der Person des Unterlieferanten eintritt. Der Unternehmer könnte sich also u.U. auf die Klausel berufen, obwohl sein Unterlieferant sich ohne Grund weigert, seine Verpflichtung zu erfüllen. Die Rspr. hält trotz Erkennens dieses Sinngehalts die Klausel ohne Bedenken für rechtsgültig, selbst wenn die Leistungsverweigerung des Unterlieferanten völlig unbefugt ist [2]. Die Grenze der Zulässigkeit im konkreten Einzelfall würde nach dieser Meinung allein ein arglistiges Zusammenwirken zwischen Unterlieferanten und Lieferanten zum Zwecke der Verhinderung der Leistung an den Endkäufer sein. Wenn die Klausel auch ganz allgemein als rechtsgültig anerkannt wird, kann doch nicht geleugnet werden, daß sie sich in bedenklicher

---

1) i.ü.ist dieser Sinngehalt der Klausel schon Handelsbrauch geworden; Vermerk Nr.336 der Mitteilungen der Handelskammern 1951 S. 149

2) RGJW 1925,239; OGH NJW 49,22; BGH MDR 58,683; BGH 24,40

Weise von dem Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Dispositivregelung entfernt.
Die ‚Betriebsstörungsklausel' war ihrer ganzen Konzeption nach eine Abart der auch im Gesetz geregelten ‚höheren Gewalt'. Ihrer Eigenart entsprechend konnte sie als ernste Störung der betrieblichen Fabrikation ein Ereignis höherer Gewalt darstellen und als solches schon nach der gesetzlichen Regelung zu einer Freizeichnung von Verzugsfolgen etc. führen. Diese nahe Verwandtschaft zu einem gesetzlichen Institut, welches unerwünschte Folgen nicht rechtzeitiger Lieferung ausschließt, ist bei der ‚Selbstbelieferungsklausel' nicht gegeben. Daß ein Lieferant nicht von einem bestimmten Unterlieferanten beliefert werden kann, stellt in allen den -überwiegenden- Fällen kein betriebliches Störereignis dar, in denen die Ware von anderen Verkäuferfirmen zu beziehen bleibt.Nach der gesetzlichen Regelung und auch bei Geltung der Betriebsstörungsklausel würde der Lieferant zur Leistung so lange verpflichtet bleiben, bis die anderweitige Beschaffung der versprochenen Ware nur mit ganz unverhältnismäßigen und daher unzumutbaren Aufwendungen durchgeführt werden könnte.

Dem AGB-Aufsteller geht es offensichtlich bei der Selbstbelieferungsabrede nicht so sehr um die Ersparnis von Mühen bei der Suche nach anderen Einkaufsmöglichkeiten. Eine solche Annahme verbietet -wenigstens generell- allein der unternehmerische Egoismus, ein gewinnbringendes Geschäft abzuschließen. Das Interesse des Lieferanten muß vielmehr dahin verstanden werden, nicht verpflichtet zu sein, bei Firmen Deckungskäufe vorzunehmen, die ihm höhere Einkaufskosten verursachen könnten, als Käufe bei seinen alten Lieferanten. Diese höheren Einkaufskosten könnten sich allein daraus ergeben, daß der Lieferant bei seinem alten Verkäufer irgendwelche Treuerabatte bekommt oder sonstige Vergünstigungen, z.B. wegen besonders hoher Abnahmen,erhält. Dies Interesse müßte ein sachlich rechtfertigender Grund für die Abweichung von der gesetzlichen Regelung sein, wenn die Klausel rechtsgültig sein soll.
Für den Fall, daß sich die Preise bei dem ursprünglich vorgesehenen Unterlieferanten und dessen Konkurrenzfirmen nur unbedeu-

tend unterscheiden, ist die einseitige Interessenverfolgung durch die Selbstbelieferungsabrede offenbar nicht gerechtfertigt. Der Kunde wird durch die Selbstbelieferungsklausel stark benachteiligt, da der Verkäufer bei Geltung der Klausel nicht verpflichtet ist, sich anderweit einzudecken, sobald sein Lieferant aus begründeter oder unbegründeter Ursache die Lieferung einstellt [1].

Eine solche Benachteiligung der Rechtsposition des Käufers kann nur dann in Kauf genommen werden, wenn dem Lieferanten wirklich beachtliche Gründe zur Seite stehen, die die Freizeichnung rechtfertigen können. Eine unbedeutende preisliche Mehrbelastung kann diesen Grund nicht abgeben. Dieses Minimum betrieblichen Risikos muß dem Lieferanten insbesondere, wenn man auf die sonst dem Käufer drohenden Nachteile blickt, zugemutet werden. Dazu kommt, daß der Lieferant in den vielen Fällen einer unberechtigten Weigerung des Unterlieferanten die Möglichkeit hat, denselben im Wege einer Klage vor den ordentlichen Gerichten zur pünktlichen Lieferung anzuhalten. Es bleibt zu fragen, ob die Selbstbelieferungsklausel nicht zumindest in den Fällen gerechtfertigt ist, in denen wirklich bedeutende Mehraufwendungen nötig wären, um die Ware bei Konkurrenzunternehmen des Unterlieferers zu beziehen. Diese Fälle werden jedoch sehr selten sein.Im allgemeinen ist bei normaler Wirtschaftslage mit einem im wesentlichen gleichen Preis bei Unternehmen der gleichen Art zu rechnen. Sind jedoch einmal erhebliche Mehraufwendungen erforderlich -z.B. bei plötzlich einbrechenden Krisenzeiten, bei deren Eintritt der Unterlieferant noch Ware hat, sich aber weigert zu liefern, und die anderen Lieferfirmen bereits zu erheblich höheren Preisen veräußern-, so ist zu Ungunsten des Lieferanten immer noch nicht

---

1) Diese Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der Klausel ergeben sich naturgemäß nicht, wenn der Lieferant auf Lieferung durch einen bestimmten Unterlieferanten zwingend angewiesen ist, um die vertragsgemäße Leistung erbringen zu können. Ob dies der Fall ist, können nur die ganz speziellen Umstände des Einzelgeschäfts ergeben. Im allgemeinen sind jedoch in der feinkeramischen- und Glasindustrie, in der Holzbe- und -verarbeitenden Industrie und der Nahrungs- und Genußmittelindustrie solche Einzelgeschäfte denkbar. In diesen Fällen würden sich daher nicht die zu behandelnden Bedenken ergeben.

entschieden, daß er die Mehraufwendungen bezahlen muß. Wenn er in seinen AGB neben der Selbstbelieferungsklausel noch die zulässige Betriebsstörungsklausel aufgeführt hat, was i.a.R. der Fall sein wird, so liegt bei einer bedeutenden Preissteigerung gleichzeitig eine erhebliche Betriebsstörung in Form eines Rohstoffmangels vor, die ihn ohnehin von pünktlicher Lieferung freizeichnet. Aber auch wenn diese Klausel nicht vereinbart worden ist, braucht der Lieferant nicht zu verzweifeln. Wirklich erhebliche Produktions- und Lieferungsschwierigkeiten berechtigen den Lieferanten über die Grundsätze des Fortfalls der Geschäftsgrundlage zum Rücktritt vom Vertrage oder zu einer Lieferfristverlängerung. Jeder Vertrag geht bei seinem Abschluß von gewissen grundlegenden Umständen aus, deren Eintritt oder Fortbestand von den Vertragsparteien als selbstverständlich angenommen wird. Nur die Gewißheit über den Eintritt oder die Fortdauer des fraglichen Umstandes hält die Parteien davon ab, diesen Umstand zur Bedingung des Vertrages zu machen [1]. Grundlegende Umstände dieser Art bilden die Geschäftsgrundlage eines jeden Rechtsgeschäfts, bei deren Fortfall die gegenseitigen Leistungspflichten entfallen oder zumindest den veränderten Verhältnissen angepaßt werden [2]. Ein Fortfall der Geschäftsgrundlage ist insbesondere in den Fällen der sogen. Äquivalenzstörung gegeben [3]. Eine rechtlich beachtliche Äquivalenzstörung liegt vor, wenn durch eine unerwartete Änderung der Verhältnisse die beiderseitigen Verpflichtungen der Partner eines gegenseitigen Vertrages in ein grobes Mißverhältnis geraten sind, so daß der Vertrag seinen Sinn als Austauschvertrag verloren hat.

Erhebliche Produktions- oder Lieferungsschwierigkeiten oder außergewöhnliche Preissteigerungen infolge plötzlich eintretender Krisenzeiten werden i.a.R. die gegenseitigen Vertragspflichten in ein grobes Mißverhältnis geraten lassen, so daß der

---

1) Lehmann S. 277
2) Larenz I S. 240; Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung S. 153; Lehmann S. 28o
3) RGZ 103,328; 106,7; 112,329; 141,212; 163,324; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung S.100 ff.; Lehrbuch I S. 201

Lieferant über die Grundsätze der Äquivalenzstörung zum Rücktritt vom Vertrage oder zu einer Lieferfristverlängerung berechtigt ist.
Erhebliche Produktions- oder Lieferungsschwierigkeiten können zur Rechtfertigung der Selbstbelieferungsklausel demnach nicht herangezogen werden, da schon das Gesetz befriedigende Lösungen für solche Fälle vorsieht.
Sinn und Zweck der Selbstbelieferungsklausel kann, wie oben auf S. 54 schon ausgeführt wurde, vielmehr nur sein, den Lieferanten von der Verpflichtung zu entbinden, bei anderen Firmen Deckungskäufe vorzunehmen, die ihm u.U. höhere Einkaufskosten verursachen könnten, als er bei seinem alten Lieferanten zu zahlen hätte.
Diese i.a.R. unerheblichen preislichen Mehrbelastungen stellen keine beachtlichen und anerkennenswerten Gründe dar, die die Klausel zu rechtfertigen vermögen. Dem Abnehmer werden keinerlei Ausgleichsrechte für den fast völligen Entzug des uneingeschränkten Lieferungsanspruchs gegeben. Die Klausel muß nach alledem als ein Produkt einseitiger Interessenverfolgung durch den AGB-Aufsteller angesehen werden. Sie ist eine lediglich dem Zweck wirtschaftlicher Machtverstärkung dienende AGB. Kleinliche Sicherheitsbestreben des Unternehmers hinsichtlich weit entfernter Risiken allein auf Kosten des Abnehmers zu schützen, muß als der alleinige Sinn dieser Klausel verstanden werden. Sie ist daher unzulässig [1].

6) ‚Lieferungsmöglichkeit vorbehalten'

Als ähnlicher Fristverlängerungsgrund taucht die klauselartige Formulierung auf ‚ Lieferungsmöglichkeit vorbehalten'[2]. Bei ihrer Behandlung kann weitgehend an das Vorgesagte angeschlossen werden. Sie muß so ausgelegt werden, daß der Verkäufer nur dann zur Lieferung verpflichtet sein will, wenn ihm die Lieferung möglich ist. Aus der ganzen Stellung der Klausel, meist inmitten anderer Störungsereignisse aufgezählt, ergibt

1) Die ganz h.M. hält die Klausel -ohne Begründung- für zulässig, vgl. die Schrifttumsangaben auf S. 52 Anm. 1
2) Diese Klausel findet sich ebenfalls in allen untersuchten Wirtschaftszweigen

sich, daß nicht nur erst die objektive Unmöglichkeit pünktlicher Leistung zu einer Bejahung des Störungsereignisses führen soll, vielmehr will sich der Lieferant schon dann auf die Klauselbestimmung berufen dürfen, wenn ihm eine pünktliche Lieferung nicht mehr zugemutet werden kann [1]. Diesen Sinn hat auch die Rspr. stets durch Auslegung ermittelt [2]. Danach wäre dem Lieferanten etwa zuzumuten, seinen die Erfüllung ablehnenden Unterlieferanten auf Leistung zu verklagen [3] oder sich anderweitig mit Waren einzudecken [4], Der Lieferant könnte sich also -im Gegensatz zu der Selbstbelieferungsklausel- nicht darauf berufen, daß seine eigenen Lieferanten ihn im Stich gelassen hätten [5]. Wenn der Unternehmer schon bei Vertragsschluß oder kurz danach merkt, daß die spätere Vertragserfüllung Schwierigkeiten bereiten werde, so obliegt ihm, um sich auf die Klausel berufen zu können, die Pflicht, sich frühzeitig nach Deckungskäufen umzusehen. Daher deckt die Klausel i.a.R. nur neue, unerwartet eintretende Ereignisse und nicht solche, mit deren Eintritt der Lieferant rechnete oder zumindest rechnen mußte [6]. Von daher ist es zu verstehen, wenn in manchen AGB die Klausel in der Richtung abgeändert worden ist: ‚Lieferungsmöglichkeit in unvorhergesehenen Fällen vorbehalten'. Beweispflichtig für die Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung wäre nach allgemeinen Beweisgrundsätzen der die Unmöglichkeit behauptende Lieferant [7].

Unter Zugrundelegung dieses durch Auslegung ermittelten Sinnes muß die Klausel als rechtsgültig angesehen werden. Sie stellt praktisch einen Sonderfall der allgemeinen Betriebsstörungsklausel dar, die für den Fall als rechtswirksam angesehen wurde, daß das Störungsereignis tatsächlich zur Unmöglichkeit oder erheblicher Erschwerung der Einhaltung einer zugesagten Lieferzeit führt und der Lieferant hierfür beweispflichtig ist. Die

---

1) Ritter § 346 Anm. 11; von Godin in HGB-RGRK § 361 A 17 g
2) WarnRspr. 1922 Nr. 62,90,91; RGZ 105,372; vgl.i.ü.Ritter mit Rspr.Nachweisen § 346 Anm. 11
3) RGZ 103, 183
4) von Godin in HGB-RGRK § 36 k Anm. 17 g
5) RG JW 1922, 1675; RG HansGZ 1923, 49
6) RGZ 97,326; 132,311
7) RG WarnRspr.1922,90

Gründe, die für die Zulässigkeit der Betriebsstörungsklausel gesprochen haben, müssen auch hier Geltung haben. Es kann nicht verkannt werden, daß die modernen Fabrikationsunternehmungen mit ihren meist sehr weiten Produktionsprogrammen, ihren vielen Zulieferer-Firmen, ihrem arbeitsteiligen, aufgegliederten Produktionsablauf usw. ein großes Betriebsrisiko bedeuten. Es erscheint als noch sachlich gerechtfertigt, den Abnehmer mit einem Teil der Risiken in der Weise zu belasten, daß der Unternehmer einmal nicht verpflichtet ist, die geschuldeten, nach Gattungsmerkmalen bestimmten Waren von Konkurrenzfirmen zu erwerben -Ausschluß der §§ 279,285-, zum anderen er schon bei einer e r h e b l i c h e n Erschwernis rechtzeitiger Lieferung von der Einhaltung des Liefertermins befreit ist und sich insoweit ‚Lieferungsmöglichkeit vorbehalten' darf [1].

7) ‚Lieferzeit freibleibend'

Einen Schritt weiter geht der AGB-Aufsteller in einer Variante dieser Klausel, die etwa lautet:

> Die Lieferung ist freibleibend bezüglich Lieferzeit';
> oder einfach 'Lieferzeit freibleibend'.

Dieser Klausel kann nur der Sinn beigelegt werden, daß die pünktliche Lieferung allein in das Ermessen des Verkäufers gestellt ist, denn es ergibt sich aus der Bestimmung kein Anhaltspunkt, an welche Kriterien die nicht rechtzeitige Lieferung geknüpft sein soll. Die Verträge wären damit praktisch entweder unter der aufschiebenden Bedingung, daß dem Verkäufer die Erfüllung beliebt, geschlossen [2], oder unter der auflösenden Bedingung, daß sich der Verkäufer nach seinem Belieben vom Vertrag lossagen kann [3]. Damit wird der Käufer praktisch rechtlos gestellt. Der unserer ganzen Rechtsordnung innewohnende Grundsatz der Vertragstreue wird durch Willkür des

---

1) Bei beschränkten Gattungsschulden besteht die Abweichung von der gesetzlichen Regelung ohnehin nur darin, daß die erhebliche Erschwernis rechtzeitiger Lieferung ihrer Unmöglichkeit gleichgestellt wird.
2) RGZ 104, 100
3) RGLZ 1923, 310

Verkäufers ersetzt. Beinahe unverständlich hat das RG in vielen Entscheidungen diese Klausel als rechtsgültig erachtet [1]. Sie ist ein Musterbeispiel einseitiger Interessenverfolgung des Lieferanten. Zwar sind mit der h.M. und der Rspr. [2] grundsätzlich Wollensbedingungen, deren Eintritt von der Erklärung des Verpflichteten abhängt, als rechtsgültig anzuerkennen. Dies kann jedoch nur gelten, wenn Wollensbedingungen in Einzelrechtsgeschäften vereinbart werden. Bei Einzelrechtsgeschäften mag hier und da ein Bedürfnis bestehen, die Leistungspflicht des Schuldners erst entstehen zu lassen, wenn dieser erklärt, nunmehr leistungsverpflichtet sein zu wollen. Die Belange des Geschäftspartners werden hierdurch nicht beeinträchtigt, da er die Einfügung der Wollensbedingung in den Vertrag mit ausgehandelt hat, und i.a.R. die Bedingung selbst auch sachgerecht sein wird. Anders verhält es sich jedoch, wenn in AGB-Verträgen Potestativbedingungen aufgestellt werden. AGB-Verträge sind fast immer Rechtsgeschäfte des Handelsverkehrs. Verkäufer und Käufer sind auf Kauf und Weiterverkauf von Handelswaren zwingend angewiesen. Der Käufer hat ein lebenswichtiges Interesse daran, daß die von ihm gekauften Waren zu den vorgesehenen Zeitpunkten ausgeliefert werden, damit er sie alsdann gewinnbringend weiter verwerten kann. Aus diesem Grunde ist das Interesse des Käufers an einer bindenden Vereinbarung eines bestimmten Liefertermins besonders hoch zu bewerten. Andererseits besteht für den Lieferanten keinerlei sachlich gerechtfertigtes Interesse daran, die Lieferzeit frei bestimmen zu können. Bei normalem Geschäftsablauf kann der Lieferant die Liefertermine so festsetzen, daß zu den fraglichen Zeitpunkten die Waren ohne Schwierigkeiten ausgeliefert werden können. Die Vielzahl der laufenden Verträge läßt es -im Gegenteil- vielmehr angezeigt erscheinen, daß der Lieferant im Interesse eines reibungslosen Vertriebs der zu veräußernden Güter sowie mit Bedacht auf klein zu haltende Lagerbestände Auslieferungstermine planvoll festsetzt und einhält. Rationalisierungsstreben läßt infolgedessen

1) RGZ 72,385; 77,417; 104,100; WarnRspr. 1911 Nr.174; RG Recht 1908 Nr. 3545
2) vgl. Lehmann S. 266; RGZ 124,336; 131,24; 136,135

die Klausel nicht gerechtfertigt erscheinen. Für den Käufer besteht neben der zeitlichen Unsicherheit, über die Ware verfügen zu können, überdies die Gefahr, unzumutbar lange einseitig an den Vertrag gebunden zu werden. Das Hinausschieben des Fälligkeitszeitpunkts läßt nämlich die Abnahmeverpflichtung des Käufers unberührt. Durch die Klausel ‚Lieferzeit freibleibend' wird der Käufer infolgedessen stark in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt. Er muß stets die noch ausstehende Lieferung einplanen und Sorge tragen, überhaupt noch einen Absatzmarkt -man denke an Modeartikel- für die Ware zu finden. Der in Rspr. und Rechtslehre anerkannte Grundsatz, daß eine zeitweilige Unmöglichkeit einer dauernden gleichzuachten ist, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die zeitweilige Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und dem Gegner das Festhalten am Vertrage nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann [1], kann in Einzelfällen durch die Klausel in sein Gegenteil verkehrt werden.

Für den Lieferanten besteht, wie schon kurz angedeutet, auch gar kein sachlich gerechtfertigtes Interesse daran, die Lieferzeit frei bestimmen zu können. Vor der Gefahr, infolge irgendwelcher Störungsereignisse unter erheblich schwierigeren Umständen liefern zu müssen, kann er sich durch eine Betriebsstörungsklausel sichern, wenn nicht überhaupt schon das Gesetz über die Grundsätze des Fortfalls der Geschäftsgrundlage eine Lieferfristverlängerung ermöglicht. Die Klausel dient daher nur kleinlichen Sicherheitsbestrebungen des Lieferanten. Sie entrechtet ohne sachlichen Grund den Käufer vollends, da es im Belieben des Verkäufers steht, in der Person des Käufers einen f ä l l i g e n Lieferungsanspruch entstehen zu lassen.
Die Klausel ist aus den vorgetragenen Gründen als Beispiel krassen Mißbrauchs der Vertragsfreiheit für alle Wirtschaftszweige unzulässig.

---

1) vgl. etwa Larenz S. 232; Erman-Groepper § 323 Anm. 2b bb; Enn.-Lehmann § 46 IVa; BGH LM Nr. 3bn zu § 323 I 1

Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn die Klausel im Zusammenhang mit Störungsereignissen wie Betriebsstörung, höhere Gewalt usw. gebraucht wird [1].
Durch die Nennung von unverschuldeten Gründen, die eine pünktliche Lieferung unmöglich machen oder doch wenigstens erheblich erschweren würden, kommt für einen verständigen Rechtsgenossen erkennbar zum Ausdruck, daß der Lieferant doch von einem bindenden Fälligkeitstermin seiner Leistung ausgeht, denn sonst wären neben der Bestimmung ‚Lieferzeit freibleibend' die einzeln aufgezählten, unverschuldeten Hindernisgründe, die zu Fristverlängerungen berechtigen, nicht verständlich. Der Lieferant hat sich in diesen Fällen zweideutig ausgedrückt. Der Kunde darf sich die ihm günstigere Auslegung zu eigen machen. Diese geht aber dahin, daß der Unternehmer sich eben nicht schlechthin von pünktlicher Lieferzeit freizeichnet, sondern sich nur bei gewissen, schwerwiegenden Umständen ein Recht zur Fristverlängerung vorbehält. Damit verdeutlicht die Klausel jedoch einen Sinngehalt, der einer bereits überprüften und als rechtsgültig erachteten AGB-Abrede gleichkommt.

8) ‚Freibleibend vorbehaltlich Liefermöglichkeit'

Seltener ist die ähnliche, in sich widerspruchsvolle AGB-Klausel: ‚Freibleibend vorbehaltlich Lieferungsmöglichkeit'.
Der Widerspruch ergibt sich daraus, daß der Unternehmer einmal im Falle gegebener Liefermöglichkeit leistungsverpflichtet sein will, zum andern jedoch durch den Begriff ‚freibleibend' sich von dieser Bindung wieder freizeichnet. Das RG hat diese Klausel in einem Sinn ausgelegt [2], der zwischen den Sinngehalten der beiden Ausdrücke, je für sich allein untersucht, liegt. Der Lieferant wäre danach verpflichtet gewesen, nach Treu und Glauben alles zu tun, um die Verpflichtung zu erfüllen, insbesondere, sich evtl. anderweit Ware zu beschaffen. Allerdings sei der Lieferant nicht verpflichtet ‚alle

1) Diese Verbindung findet sich in recht vielen Klauseln aus allen Wirtschaftszweigen.
2) RGJW 1921, 333

denkbaren Schritte' zur Warenbeschaffung zu tun, insbesondere nicht, einen Preis anzulegen, der den Verkaufspreis überstiege.

Dem Auslegungsergebnis des RG ist zu folgen.
Auszugehen ist von dem Begriff ‚vorbehaltlich Lieferungsmöglichkeit'. Die Rechtsgültigkeit dieser Klauselbestimmung ist bereits bejaht worden. Durch den Zusatz ‚freibleibend' wird der Sinngehalt dieser Klauselformulierung für einen unbefangen objektiven Dritten verändert: der Lieferant will zur Lieferzeiteinhaltung grundsätzlich verpflichtet sein, soweit ihm dies im normalen Geschäftsverkehr möglich ist. Er will es nicht (‚freibleibend'), soweit irgendwelche Ereignisse nennenswerten Einfluß auf die bisher ungehinderte Lieferungsmöglichkeit nehmen. Nicht erst erhebliche Schwierigkeiten bei der Einhaltung der Lieferzeit, sondern schon über das normale Maß hinaus gehendes Bemühen soll die pünktliche Lieferung ins Belieben des Verkäufers setzen [1].
Bei der Frage der Rechtsgültigkeit muß erkannt werden, daß sich diese Abrede nicht unerheblich von dem Sinn der Klausel ‚Lieferungsmöglichkeit vorbehalten', die für rechtsgültig anerkannt wurde, entfernt. Nicht nur e r h e b l i c h e der Auslieferung entgegenstehende Gründe sollen den Lieferanten von der Einhaltung fester Liefertermine befreien, sondern schon solche Umstände, die mehr oder weniger geringfügige zusätzliche Anstrengungen und Opfer fordern. Die Freizeichnung von pünktlicher Lieferung aufgrund von Umständen, die weder die Lieferung ganz unmöglich machen, noch diese unzumutbar erschweren, sondern lediglich ein über das normale Maß hinausgehendes Bemühen erfordern, verschiebt das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten einseitig zu Gunsten des Lieferanten. Nach der gesetzlichen Regelung wird der Lieferant von der Verpflichtung pünktlicher Lieferung nur frei (§§ 279, 285), wenn diese ihm unmöglich ist. Bis zu dieser Grenze muß er alles versuchen, um die Erbringung der

---

1) Diesen Sinn entnimmt auch Heinsheimer der erwähnten Entscheidung des RG, Anm. z.Urteil d.RG JW 1921,333

Leistung doch zu ermöglichen. Allein mit Rücksicht auf die Kompliziertheit und Vielschichtigkeit der modernen Fabrikationsvorgänge ist es bereits für zulässig gehalten worden, daß der Lieferant von der Pflicht zur pünktlichen Lieferung frei wird, wenn seine Produktion ganz e r h e b l i c h e r s c h w e r t wird [1]. Hiermit muß es indes sein Bewenden haben. Wenn der Lieferant schon nicht mehr nur bei Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung von mißlichen Verzugsfolgen verschont bleibt, so müssen für die darüberhinausgehende Freizeichnung Umstände vorliegen, die dem Lieferanten ganz außergewöhnliche und verlustreiche Anstrengungen verursachen würden, wenn er die Leistung erbringen müßte. Kleine zusätzliche Bemühungen müssen von einem redlichen Geschäftspartner verlangt werden. Die Klausel ist daher unzulässig.

9) Einzelne Störungsereignisse

In dem Katalog der Fristverlängerungsgründe finden sich nun neben den bereits behandelten Störungsereignissen eine Reihe von Umständen, die unter den einheitlichen Oberbegriff der Betriebsstörung zusammengefaßt werden können. Es sind dies etwa Ereignisse, wie Rohstoffmangel, Beschlagnahme [2], Einfuhrverbot, behördliche Maßnahmen, Arbeitermangel, Streik, Aussperrung, Kohlenmangel, Krieg. Alle diese Umstände sind geeignet, die Fabrikation oder den Auslieferungsvorgang unmöglich zu machen oder doch erheblich zu erschweren. Sie bewirken in diesen Fällen also betriebliche Störungen. Für sie gilt daher im wesentlichen all das, was zu dem Fristverlängerungsgrund der Betriebsstörung gesagt wurde. Auch sie müssen so ausgelegt werden, daß sie betriebsbezogen sind; das heißt, daß sie ihrer Eigenart und ihrem Umfang nach generell geeignet sein müssen, auf den Betrieb des Lieferanten überhaupt störenden Einfluß zu nehmen. Dies folgt daraus, daß nach dem Gesamtinhalt der Klausel diese den Lieferanten vor einer

---

1) s.o.S. 46,47
2) RGZ 100,258; RG Recht 1917, 405; RGJW 1917,355

uneingeschränkten Leistungsverpflichtung in den Fällen schützen soll, in denen dem Lieferanten die Lieferung aufgrund irgendwelcher Störungsereignisse unmöglich oder doch mindestens sehr erschwert ist. Vernünftigerweise können mit den aufgezählten Störungsereignissen daher nur solche gemeint sein, die ihrer Art nach geeignet sind, in umfassender Weise die Produktion des Lieferanten unmöglich zu machen oder zu erschweren. Werden diese Umstände in Klauseln genannt, wie:

> ' Feuer, Streik... entbinden uns von der Pflicht zur Weiterlieferung und berechtigen uns zu einer Lieferfristverlängerung',

so müssen sie in dem Sinn ausgelegt werden, daß durch ihren bloßen Eintritt der Lieferant das Recht bekommt, seine Ware mit Verspätung zur Erfüllung anzubieten. Es gilt hier dasselbe, was auch schon bei der Untersuchung der allgemeinen Betriebsstörungsklausel ausgeführt worden ist [1]. Entscheidend ist nicht, daß das Störungsereignis für eine Betriebsstörung auch kausal wird. Der Klauselfall tritt vielmehr dann schon ein, wenn ein Störungsereignis auftritt. Auf die tatsächliche Wirkung einer Unmöglichkeit oder Erschwernis rechtzeitiger Lieferung verzichtet die Klausel. Klauseln dieser Art sind daher aus den gleichen Gründen wie die allgemeine Betriebsstörungsklausel unzulässig [2].
Ist den speziellen Hindernisgründen jedoch der Relativsatz beigefügt , welche rechtzeitige Lieferung unmöglich machen oder erheblich erschweren', so ist dieser Nachweis einer tatsächlichen Unmöglichkeit vom Lieferanten zu erbringen. Für diesen Fall ist die Klausel rechtsgültig.

Gerade in der Aufzählung der einzelnen Störungsereignisse zeigen sich in den einzelnen Wirtschaftszweigen im wesentlichen keine Abweichungen. Gewisse Besonderheiten ergeben sich nur, wenn ein Unternehmer ein durch besondere Eigenarten gekennzeichnetes Produkt herstellt. Dann unterscheidet sich der

---

1) s.o. S.34,42
2) Zur Begründung s.o. S.

spezifische Hindernisgrund aber nicht nur von den in den übrigen Wirtschaftszweigen genannten Umständen, sondern stellt auch innerhalb des eigenen Wirtschaftskreises eine Besonderheit dar. Ein Gurken- und Sauerkrautfabrikant schreibt z.B. in seinen AGB:

> 'In Gurkenkonserven und Kraut behalte ich mir bei ungünstigem Ernteausfall Kürzung der verkauften Menge sowie Änderung der Liefertermine vor.'

Die Klausel zeigt, daß die Besonderheit ‚ungünstige Ernteverhältnisse' nur in den Umständen des konkreten einzelnen Unternehmens ihren Grund hat. In der Sache selbst stellt auch dieses Ereignis eine betriebliche Störung dar.
Die Klausel ‚Waggonzustellung vorausgesetzt' besagt in der Sache selbst auch nichts anderes. Die nichtgegebene Möglichkeit der vertragsgemäß versprochenen Verschickung ist im weiteren Sinne auch eine betriebliche Störung. Der Verkäufer, der sich auf die Klausel beruft, hat nach allgemeinen Beweislastregeln zu beweisen, daß Waggons nicht rechtzeitig zur Verfügung standen.

§ 8 Die Einhaltung der Lieferfrist betreffende Klauseln

Wie der Verkäufer versucht, die Lieferzeit durch Aufzählung einzelner Störungsereignisse zu verlängern, so bemüht er sich auch, die von ihm geschuldete Erfüllungshandlung noch innerhalb der Lieferfrist geschehen zu lassen. Er schreibt daher in seinen AGB vor, daß die Lieferzeit eingehalten ist, wenn die Ware am letzten Tag der Frist dem Frachtführer zum Versand übergeben wird [1]. Die Klausel ist rechtsgültig, denn sie stellt kein Abweichen von der gesetzlichen Regelung dar. Bei den von mir untersuchten AGB-Vertragsformularen handelt es sich in allen Regelfällen um die Fixierung von Versendungskäufen, wobei also der Verkäufer das seinerseits Erforderliche bereits mit sorgfältiger Auswahl der Versendungspersonen und Übergabe

---

1) Klauseln dieser Art wurden in allen untersuchten Wirtschaftszweigen häufig angetroffen.

der Sache an diese getan hat. Die Übersendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, sowie die Übergabe der gekauften Sache an den Käufer sind nicht mehr Verkäuferpflichten, die er rechtzeitig zu erbringen hätte [1].
Mit Übergabe der Ware an den Frachtführer hat der Schuldner daher das seinerseits zur Leistung Erforderliche rechtzeitig getan (§285).
Klauseln der vorbezeichneten Art sind daher rechtsgültig.

Eine gleich häufig vorkommende,ähnliche Klausel lautet:
‚Die Lieferzeit gilt mit rechtzeitiger Meldung der Versandtbereitschaft als eingehalten! [2].

Von der gesetzlichen Regelung weicht die Klausel insoweit ab, als sie dem Verkäufer zur Einhaltung der Lieferzeit nicht mehr die rechtzeitige Übergabe an den Frachtführer aufbürdet, sondern sich mit der pünktlichen Meldung der Versand-bereitschaft begnügt. Die Klausel scheint zunächst einer mißbräuchlichen Handhabung durch den Unternehmer in der Weise förderlich zu sein, daß es mehr oder weniger in dessen Belieben steht, wann es nun zur tatsächlichen Auslieferung an den Frachtführer kommt. Indessen ist diese Gefahr nicht sonderlich hoch zu bewerten. Der Unternehmer hat naturgemäß ein hohes Interesse daran, versandfertige Waren auszuliefern, um sich nicht mit ihrer Lagerung unnötige Arbeits- und Zeitverluste aufzubürden. Die Vertragsparteien werden auch nicht stets die Ware vom Lieferanten versenden lassen wollen. Vielmehr ist es gerade bei manchen Warengat-tungen oder bei bestimmten Auslieferungsfirmen üblicher, daß der Abnehmer die Versendung der Waren übernimmt, indem er sie z.B. durch eigene LKW's abholen läßt. Eine mißbräuchliche Anwendung der Klausel wird daher auf reine Schikanefälle beschränkt sein, in denen dem Käufer Vermögensnachteile durch § 826 BGB ersetzt werden können.
Die Klausel ist sachlich gerechtfertigt und bürdet dem Käufer keine besonderen Nachteile auf. Sie ist daher zulässig.

---

1) BGHZ 12,269; LG Köln, Thiesing Anh. 47
2) Insbesondere in der Mineralölverarbeitungs- und Kohlenverwertstoffindustrie und in der Nahrungs- und Genußmittelindustrie.

§ 9 Anhang: Nichtverschulden des Lieferanten an der Verzögerung und Kollision von Forderungsrechten

In welchen Fällen nun die rechtzeitige Leistung unmöglich oder doch mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist, ist eine Frage des konkreten einzelnen Vertrages und kann im Rahmen dieser Arbeit nicht allgemein ausgeführt werden. Lediglich auf zwei Gesichtspunkte soll hingewiesen werden.

In der Betriebsstörungsklausel kommt zum Ausdruck, daß die einzelnen Störungsereignisse als vom Lieferanten unverschuldete Umstände ursächlich für die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Belieferung des Käufers sein müssen. Daraus ergibt sich, daß ein mitwirkendes Verschulden des Lieferanten die für ihn günstigen Rechtsfolgen der Betriebsstörungsklausel nicht auslösen kann. So kann dem Lieferanten die Klausel nichts nützen, wenn er mit dem Eintritt der Betriebsstörung rechnen konnte und fahrlässigerweise nicht dafür gesorgt hat, sich mit Ware einzudecken, vorausgesetzt natürlich, daß dies auch möglich war. Das RG [1] hielt auch in diesen Fällen die Berufung des Lieferanten auf die Klausel für zulässig. Diese Auffassung ist zu verstehen aus der abgelehnten Ansicht des RG, der bloße Eintritt eines Störungsereignisses genüge für die Anwendung der Klausel ohne Rücksicht darauf, ob nicht die Leistung doch noch möglich ist. Nach richtiger Meinung muß die rechtzeitige Leistungserbringung aus vom Lieferanten unverschuldeten Gründen tatsächlich unmöglich oder doch ganz erheblich erschwert sein. Hat der Lieferant daher noch Ware, so muß er sie an seine alten Abnehmer liefern, wobei er u.U. auf einen höheren Preis verzichten muß. Wie ist es jedoch, wenn mehrere Abnehmer Forderungen auf eine bestimmte Warengattung haben, der Lieferant jedoch nicht alle voll befriedigen und sich auch keine Ersatzware beschaffen kann ? Theoretisch wären drei rechtliche Möglichkeiten für den

---

1) RGZ 100,62; 97, 327; RGJW 1921,11; Hase S. 40

Lieferanten gegeben. Er könnte sich einmal allen Gläubigern gegenüber auf die Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung berufen. Man könnte weiterhin daran denken, daß er die vorhandene Menge nach seinem Belieben auf die Kunden verteilt. Schließlich könnte er verpflichtet sein, alle Abnehmer anteilmäßig zu befriedigen [1].

Es besteht Einigkeit darüber, daß der Schuldner seinen gesamten Vorrat den alten Gläubigern in ihrer Gesamtheit zur Verfügung stellen muß. Str. ist allein, ob der Schuldner zur anteilmäßigen Befriedigung seiner Gläubiger verpflichtet ist. Die ganz überwiegende Meinung [2] bejaht eine solche Pflicht des Schuldners. Die gegnerische Meinung [3] gibt dem Schuldner das Recht, die noch vorhandene Warenmenge nach seinem Belieben auf einzelne Gläubiger zu verteilen. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Zwar erscheint es bedenklich, die Pflicht zur anteilmäßigen Kürzung mit dem RG [4] aus den Grundsätzen einer Gefahr- oder Interessengemeinschaft herleiten zu wollen, denn im Grunde sind die Interessen der Gläubiger eines Schuldners nicht auf ein einheitlich zu verfolgendes Ziel gerichtet, sondern stehen sich diametral gegenüber. Mit Lehmann, Larenz u.a. [5] ist die Pflicht des Schuldners zur anteilmäßigen Kürzung jedoch aus § 242 BGB herzuleiten. Nach § 242 ist der Schuldner jedem einzelnen Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Danach darf der Schuldner, wenn sein Warenvorrat zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht, billigerweise nicht einige Gläubiger bevorteilen und andere benachteiligen. Er muß verteilen. Wollte man anders entscheiden, würde von Seiten der Gläubiger ein Wettlauf um die Befriedigung der For-

---

1) RGZ 84,128 über Interessengemeinschaft; Enn.-Lehmann § 1 V 3, § 6 V über Kollision von Forderungsrechten; Hub § 5 Anm. 9; Köhler SJZ 46,167
2) siehe die Vorgenannten; weiterhin de Boor S.24; Stoll S.138; Blomeyer S.61; Larenz S.131; Staudinger-Weber § 242 C 265
3) Wolf Jus 63, 101 ff.
4) RGZ 84,125
5) Enn.-Lehmann § 1 V 3; Larenz S.131; Staudinger-Weber § 242 Anm. C 265; Stoll S. 130; Blomeyer S.61; de Boor S.24

derungen einsetzen. Der Geschicklichkeit der Beteiligten wäre es überlassen, wer voll befriedigt wird und wer leer ausgeht. Es bestünde die Gefahr der Kollusion zwischen einzelnen Gläubigern und dem Schuldner. Letztlich wäre die Befriedigung aller Forderungen der Willkür des Schuldners ausgesetzt. Mit Rücksicht auf die hierdurch bewirkte Gefährdung einzelner Gläubiger ist der Schuldner nach Treu und Glauben für verpflichtet zu halten, alle Gläubiger anteilmäßig zu befriedigen. Hieraus kann dem Schuldner auch kein Schaden erwachsen, denn gemäß § 275 BGB ist er jedem Gläubiger gegenüber von seiner -vollen- Leistungspflicht freigeworden. Daß durch die Verteilung kein Gläubiger voll befriedigt wird, hinsichtlich jeden Gläubigers also die Leistung teilweise unmöglich wird, hat der Schuldner nicht zu vertreten, da ihm § 242 BGB die Pflicht zur Verteilung auferlegt.

B: Ausschluß der Verzugsfolgen

Es ist bislang untersucht worden, welche Möglichkeiten einem Lieferanten zu Gebote stehen, um die Voraussetzungen des Verzuges erst gar nicht eintreten zu lassen. Hierzu bietet sich als das geeignete Mittel die Hinausschiebung des Fälligkeitstermins der Leistung an. Nun kann sich allerdings das Hinausschieben der Fälligkeit nicht bis ins zeitlich Unermessene erstrecken, eine solche AGB wäre sicherlich sittenwidrig. Für den Lieferanten kommt nach verstrichener Fristverlängerung wieder der Zeitpunkt, zu dem er leisten muß, wenn er nicht nach der gesetzlichen Regelung in Verzug kommen will. Um die daraus entstehenden, für den Lieferanten mißlichen Rechtsfolgen auszuschalten, richtet sich sein Augenmerk jetzt vornehmlich auf die Ausschaltung der Verzugsfolgen. Verhinderung des Eintritts der Verzugsvoraussetzungen überhaupt und Abdingung der Rechtsfolgen aus entstandenem Verzug sind die beiden großen Tendenzen unternehmerischer Interessenverfolgung bei der Leistungsstörung des Verzuges. Die Lieferanten haben in ihrer AGB vielerlei Möglichkeiten gefunden, im Ergebnis die von dem Gesetz angeordneten Verzugsfolgen auszuschalten.

§ 10 Die Interessenverfolgung des Lieferanten in den Verzugsklauseln

Das stärkste Interesse des Lieferanten geht stets dahin, die aus einem Verzug dem Besteller nach der gesetzlichen Regelung erwachsenden Schadensersatzansprüche auszuschließen, denn diese Rechtsfolge ist in erster Linie geeignet, dem Betrieb des Verkäufers empfindliche Geldopfer zu bereiten, hängt doch in vielen Fällen die eigene Produktion des Abnehmers von einer pünktlichen Lieferung ab, so daß ein Verzugsschaden nicht selten beträchtlichen Umfang annehmen kann.
Für alle in dieser Arbeit untersuchten Wirtschaftszweige gilt, daß eine Haftung für Verzug stets dann ausgeschlossen wird, wenn der Verkäufer die Nichteinhaltung des verabredeten Liefertermins nicht verschuldet hat.

I Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit

Darüberhinaus zeichnen sich viele Lieferanten auch von verschuldeten Lieferungsverzögerungen frei. Die gelindesten Freizeichnungsklauseln beschränken sich dabei auf leichte Fahrlässigkeit:

> ‚Wenn der Verkäufer vorsätzlich Liefertermine verbindlich zusagt, die er nicht einhalten kann, oder verbindlich zugesagte Liefertermine vorsätzlich nicht einhält, so ist er dem Käufer zum Ersatz des aus der Nichteinhaltung entstandenen Schadens verpflichtet. Die Verpflichtung zum Schadensersatz hat der Verkäufer auch dann, wenn er feste Liefertermine grobfahrlässig vereinbart, die er nicht einhält'[1].

Der Sinn der Klausel ist etwas unklar. In dem zweiten Satz ist nicht eindeutig ersichtlich, worauf sich die grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers beziehen soll [2].
Folgende Sinndeutungen erscheinen möglich:
Einmal könnte sich die grobe Fahrlässigkeit des Lieferanten darauf beziehen, daß er Liefertermine vereinbart, obwohl er wissen müßte, daß die Einhaltung der Termine gar nicht möglich

---

1) Diese Klausel wird häufig in der Straßenfahrzeugbau-Industrie verwandt.
2) vgl. Clemm S. 18

ist.Zum andern könnte sich die grobe Fahrlässigkeit des Lieferanten auch darauf beziehen, daß er bei näherrückender Fälligkeit der Leistung einhaltbare Liefertermine aus Nachlässigkeit, Leichtsinn oder ähnlichem Grund nicht einhält, obwohl ihm dies möglich wäre. Letztlich ist auch die Sinndeutung möglich, daß Satz 2 der Klausel sowohl in den Fällen vorliegt, wenn der Lieferant grobfahrlässig einhaltbare Liefertermine nicht einhält, wie auch, wenn der Lieferant in gobfahrlässiger Verkennung der Sachlage Liefertermine zusagt, die er gar nicht einhalten kann.
Wie schon näher ausgeführt, führt diese Mehrdeutigkeit der Klausel dazu, daß bei ihrer Sinnermittlung von der dem Verkäufer ungünstigeren Auslegung auszugehen ist [1]. Für den Lieferanten ist nun die dritterwähnte Auslegungsmöglichkeit die ungünstigste. Er haftet in diesem Fall nicht nur, wenn er vorsätzlich oder grobfahrlässig uneinhaltbare Liefertermine verabredet, sondern auch, wenn er vorsätzlich oder grobfahrlässig einhaltbare Liefertermine nicht einhält [2].
Auch die Freizeichnung von nur leichter Fahrlässigkeit bedeutet ein Abweichen von der gesetzlichen Dispositivregelung, denn nach § 276 BGB hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und jedwede Fahrlässigkeit zu vertreten. Aus § 277 ergibt sich indessen, daß der Schuldner sich von leichter und sogar von grober Fahrlässigkeit freizeichnen kann. Hiermit ist jedoch noch nichts Entscheidendes für eine Bejahung der Zulässigkeit des Ausschlusses für leichte Fahrlässigkeit gesagt. In § 277 wird nur die dispositive Natur des § 276 klargestellt, was bei anderen Vorschriften wegen Offenkundigkeit als nicht nötig erscheint. Daher ist auch auf die Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit der nun schon mehrmals angewandte Rechtsgültigkeitsmaßstab anzulegen. Eine Abdingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit müßte sachlich gerechtfertigt sein und dürfte den Schuldner nicht unbillig beschweren. Nun ist bereits festgestellt worden, daß gerade die Haftung für Verzugs-

1) Haupt ZAkDR 43,85 ff.; Clauss NJW 54,905; Haus S.38; s.o.auch S.
2) so auch Clemm S. 19

achäden dem Unternehmer oft ein unübersehbares Risiko aufbürdet. Die Vereinbarung einer festen Lieferzeit erfordert eine umfangreiche Planung und Voraussicht künftiger eigener Liefereingänge, Abschätzung der eigenen Produktionsstärke unter Einkalkulierung vielerlei möglicher Betriebshindernisse. Bei all diesen Berechnungen, Planungen, Kalkulierungen und gewagten Abschätzungen sind Fehlerquellen nur bei Anwendung allergrößter Sorgfalt auszuschalten. Den Unternehmer für jedweden Fehler haften zu lassen, erscheint zwar nicht grob unbillig, würde jedoch harte Anforderungen an ihn stellen. Die Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit muß daher bei Berücksichtigung des unternehmerischen Wagnisses als sachlich gerechtfertigt anerkannt werden. Die Klausel ist daher für alle Wirtschaftszweige zulässig.

II Ausschluß jeglicher Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Lieferung

Einen bedeutenden Schritt weiter geht der Unternehmer indessen, wenn er in seinem AGB vorschreibt, daß , in jedem Falle Schadensersatzansprüche ausgeschlossen seien' [1]. Die Rspr. hat die Klausel dahingehend ausgelegt, daß der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen nur in dem gesetzlich zulässigen Umfang gemeint sei (§ 276 II) [2]. Dabei scheint die Auslegung wieder als Mittel der Inhaltskontrolle verwandt worden zu sein, denn nach dem reinen Wortlaut der Klausel erscheint die Sinndeutung wahrscheinlicher, daß der Unternehmer sich in jedem Fall von der Haftung von Verzugsschäden freizeichnet. Bedenken gegen dieses Auslegungsergebnis ergeben sich allerdings daraus, daß die Klausel mit diesem Sinngehalt ganz offenbar gegen § 276 II BGB verstieße. Vernünftigerweise kann mit der Klausel daher nur der Sinn verbunden werden, daß sich der Unternehmer lediglich in dem Umfang freizeichnet, als nicht zwingendes Gesetzesrecht entgegensteht. Die AGB sind ihrer Rechtsstruktur nach allenfalls

1) Auch diese Klausel findet sich in fast allen Industriezweigen. Eine Ausnahme bildet größtenteils die Ledererzeugungs- und Textilindustrie.
2) vgl. etwa RGZ 168,329; RGJW 1922,1533; BGH NJW 57,1760; von Godin in HGB-RGRK § 346 Anm. 17 d

in der Lage, dispositive Rechtsvorschriften außer Geltung zu setzen und nur diesen Sinn können sie vernünftigerweise haben. Bei der Auslegung ist dieser Umstand zu berücksichtigen. Die Sinngehalte einzelner AGB sind daher i.a.R. unter dem Vorbehalt zu ermitteln, daß ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften nicht gewollt ist [1].

Die Klausel ist daher so auszulegen, daß Schadensersatzansprüche jeglicher Art ausgeschlossen sind, soweit der Ausschluß nicht gegen das zwingende Gesetzesrecht (§ 276 II) verstößt [2]; das bedeutet für die oben zitierte Klausel, daß der Unternehmer für jedes unverschuldete wie verschuldete und zu einer Lieferungsverzögerung führende Verhalten seiner selbst wie seiner Erfüllungsgehilfen nicht haftet, ausgenommen nur der Fall, daß er selbst vorsätzlich handelt. Im einzelnen schließt der Unternehmer damit die Haftung aus für:

a) Jedes fahrlässige und vorsätzliche Verhalten seiner leitenden Angestellten, der verfassungsmäßig berufenen Vertreter und der gewöhnlichen Angestellten.

b) Jedes fahrlässige Verhalten seiner selbst.

Da nun nicht in allen Unternehmungen, in denen die zu behandelnde Klausel verwandt wird, verfassungsmäßig berufene Vertreter und leitende Angestellte i.S. des Gesetzes und der Interpretation der Rspr. vorkommen, sondern oft der Unternehmer selbst den Betrieb leitet, ist eine getrennte Behandlung der beiden Möglichkeiten notwendig. Zu unterscheiden ist in der folgenden Untersuchung weiterhin die Freizeichnung vom Verschulden leitender Angestellter oder gar verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 3o BGB) und die Freizeichnung vom Verschulden gewöhnlicher Angestellter. Der Haftungsausschluß hinsichtlich der leitenden Angestellten und verfassungsmäßig berufenen Vertreter wird an engere Voraussetzungen zu knüpfen sein als die Freizeichnung vom Verschulden gewöhnlicher Ange-

---

1) Es mag aber durchaus Fälle geben, in denen bewußt und ausdrücklich gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen wird, so etwa, wenn ausdrücklich auch für vorsätzliche Verzögerungen nicht gehaftet werden soll.

2) BGH NJW 1957, 1761

stellter, da erstere stellvertretend für den Unternehmer selbst auftreten.

1) Haftungsausschluß, wenn der Unternehmer leitende Angestellte beschäftigt

Leitende Angestellte und verfassungsmäßig berufene Vertreter sind Personen, die kraft ihrer Vollmacht nach außen und ihrer Anordnungsbefugnis nach innen den Unternehmer in seinem geschäftlichen Handeln ersetzen [1]. Ihr Handeln steht tatsächlich und rechtlich gleichwertig neben dem Handeln des Unternehmers. Nach gesicherter Rspr. [2] muß in diesen Fällen auch das Verschulden der Personen, die das ganze Unternehmen repräsentieren, dem Verschulden des Unternehmers selbst gleich geachtet werden. Beiden ist die Funktion unternehmerischer Tätigkeit gemeinsam. Der Unternehmer, der sich selbst nicht von jedwedem Verschulden freizeichnen darf, kann nicht dadurch Haftungsrisiken seines Betriebes verringern, daß er dem Unternehmen gleichsam einen anderen Kopf gibt. Der Kunde muß darauf vertrauen dürfen, daß der Betrieb mit der nötigen Sachkunde geleitet wird und auch in einer den Anforderungen des heutigen Wirtschaftslebens entsprechenden Weise organisiert ist [3]. Dieses schutzwürdige Vertrauen würde zunichte gemacht, wenn der Unternehmer sich für das schuldhafte Bewirken einer Leistungsverzögerung freizeichnen wollte. Mag eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit von leitenden Angestellten wegen der hohen Risiken, die aus einem Einstehen für jedweden Verzugsschaden erwachsen können, gerechtfertigt sein, für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz muß jedoch der Unternehmer haften [4].

---

1) RG HansGZ 1931 B Nr.167; BGH LM Nr.1 zu § 138 (Cc); OLG Karlsruhe DJ 36,1658
2) RGZ 102,396; 103,82; 106,388; 115,118; RG WarnRspr.1934, 156; BGH LM Nr.1 zu § 138 (Cc); BGB-RGRK-Nastelski § 276 Anm. 76; von Godin in HGB-RGRK § 346 Anm. 17 d
3) Raiser S.309; RGLZ 1931,1065; von Godin in HGB-RGRK § 346 Anm. 17 d
4) RG Gruch 62,380; RGJW 1931,2719;3085; allgemein Danielcik JW 36,2042; vgl. andererseits von Brunn NJW 51,103;Herschel DR 40,1452 ff.; BGH NJW 62,1195; BGH VersR 63,45

Daher ist die Klausel in den Fällen, daß im Betrieb des Lieferanten leitende Angestellte i.S. der Rspr. fungieren, unzulässig [1]. Es handelt sich hierbei des weiteren auch um eine Klausel, die wohl kaum nach der in der Rspr. und überwiegenden Lehre praktizierte Methode [2] gem. § 139 in einen unzulässigen Teil und einen zulässigen Rumpf [3] zerlegt werden kann, daß etwa wenigstens für leichte Fahrlässigkeit der leitenden Angestellten nicht gehaftet wird.
Eine Zerlegung in einen rechtsgültigen und einen unzulässigen Teil setzt begrifflich voraus, daß die Klausel überhaupt zwei oder mehr Punkte behandelt, von denen der eine zulässig und der andere unzulässig ist. Die untersuchte Klausel, ‚Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Lieferung sind ausgeschlossen' wäre allenfalls aufspaltbar in die beiden Sinngehalte: ‚Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Lieferung, die auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen, sind ausgeschlossen'; und ‚Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Lieferung, die auf leichter Fahrlässigkeit beruhen, sind ausgeschlossen.'
Bei der Feststellung, ob eine Klausel zwei Fragen oder mehr behandelt, ist indes nicht entscheidend, ob sich nach formallogischen Maßstäben eine Trennung durchführen läßt; vielmehr ist allein entscheidend, ob in den beiderseitigen Vertragserklärungen die fragliche Klausel als einheitlicher, nicht mehr aufspaltbarer Punkt behandelt worden ist oder nicht. In der untersuchten Klausel ist nun die Verschuldensfrage, die allein eine Aufspaltung ermöglicht hätte, völlig eliminiert worden. Der Käufer kann die Klausel nur so auffassen, daß Schadensersatzansprüche stets ausgeschlossen sind, gleichgültig, ob von Seiten des Lieferanten her schuldhaft gehandelt worden ist oder nicht. Sinngehalt dieser Klausel ist also nur, daß stets Schadensersatzansprüche ausgeschlossen worden sind. Dieser Sinngehalt der Klausel, der die Verschuldensfrage gar nicht

---

1) Schneider NJW 54,134; a.M. Hamann BB 50,832 (AdSp)
2) Pagenstecher DR 43, 976
3) Mroch S. 25

umfaßt, ist indes nicht mehr aufspaltbar, so daß die Klausel ihrem ganzen Umfang nach unzulässig ist.

2) Haftungsausschluß, wenn der Unternehmer den Betrieb allein leitet

Leitet der Unternehmer sein Unternehmen in eigener Person, so ist für ‚leitende Angestellte' nach der von der Rspr.gebildeten Begriffsbestimmung kein Raum mehr [1]. Der Sinngehalt der Klausel verschiebt sich infolgedessen. Der Unternehmer will jetzt nicht mehr haften für eigene Fahrlässigkeit und für fahrlässiges und vorsätzliches Verhalten seiner Angestellten. Die dispositive Gesetzesgerelung läßt in den §§ 276,278 einen Ausschluß der Haftung für Erfüllungsgehilfen sogar bei Vorsatz zu.
Ist der Unternehmer selbst der alleinige Leiter, so sind die Angestellten im Grunde nur ausführende Glieder. Sie repräsentieren den Unternehmer nicht. Für den ungestörten und pünktlichen Produktionsablauf zeichnet nur der Lieferant selbst verantwortlich.
In solchen Fällen erscheint es nicht unbillig, den Unternehmer haftungsfrei zu stellen, wenn er selbst alle von ihm zu erwartenden Sorgfaltspflichten beobachtet hat, und nur untergeordnete Glieder den Produktionsablauf stören [2].Bedenklicher erscheint jedoch der Ausschluß der Haftung für grobe Fahrlässigkeit durch den Unternehmer selbst. Zwar ist nach der gesetzlichen Regelung ein Ausschluß der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht schlechthin ausgeschlossen, § 276 II Umkehrschluß. Die Enthaftung für grobe Fahrlässigkeit bedeutet für den Lieferanten jedoch eine Freizeichnung von Sorgfaltspflichten, die unter allen Umständen an einen gewissenhaften Unternehmer gestellt werden müssen. Grobfahrlässig verhält sich nur, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in

---

1) BGH LM Nr. 1 zu § 138 (Cc)
2) von Godin in HGB-RGRK § 346 Anm. 17d; BGB-RGRK-Nastelski § 276 Anm. 76,§ 278 Anm.68; RGZ 115,122;127; RG WarnRspr. 1934 Nr. 156

ganz ungewöhnlichem Maße außer acht läßt [1]. Das Gesetz steht z.B. bei der rechtlichen Stellung des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters auf dem Standpunkt, daß der Unternehmer sich seiner Haftung nur für den Fall entziehen kann, daß er nachweist, er habe den Schaden auch nicht bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt abwenden können (§§ 390,407,417,429 HGB) [2].

Dem gegenüber würde eine Freizeichnung des leitenden Unternehmers von grober Fahrlässigkeit in AGB ‚eine gänzliche Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr als billig empfundenen Rechtslage' bedeuten [3]. Die zitierten handelsrechtlichen Vorschriften der §§ 390,407,417,429 HGB lassen gerade erkennen, daß die allgemeine Vorschrift des § 276 BGB mit der Möglichkeit der Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit (arg. § 276 II BGB)für den Bereich des kaufmännischen Geschäftsverkehrs der Interessenlage nicht entspricht. Der Handelsverkehr erfordert im Interesse eines reibungslosen Geschäftsablaufs besondere Sorgfalts- und Obhutspflichten. Nun kann zwar in der Geltendmachung einer vereinbarten, gesetzlich zulässigen Haftungsbeschränkung (§ 276 BGB) im Rahmen eines Individualvertrages keine Treuwidrigkeit erblickt werden. Etwas anders muß jedoch gelten, wenn die Haftungsbegrenzung nicht durch Individualvertrag, sondern in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart ist [4]. Eine Beschränkung der Haftung des Unternehmers auf Vorsatz in allgemeinen Geschäftsbedingungen läßt, wie der BGH in den angeführten Entscheidungen ausdrücklich ausgesprochen hat, jedwede Rücksichtnahme auf die schutzwerten Belange des Abnehmers vermissen. Der Käufer ist schutzlos der Nachlässigkeit und Gleichgültigkeit seines Lieferanten hinsichtlich der Einhaltung der Liefertermine ausgesetzt. Dem Unternehmer steht auch kein sachlich gerechtfertigtes Interesse zur Seite, seine Haftung auf Vorsatz zu beschränken. Mag das nicht zu leugnende unternehmerische Risiko

---

1) RGZ 141,134; Lehmann S.332; Larenz I S.223
2) RGZ 103,84
3) RGZ a.a.O.; RGJW 1922,575; BGH 20,164; BGH NJW 62,1195, 1196; Wegner S. 80; Köderitz S.188
4) BGH 20,164; BGH NJW 62,1195,1196; BGH NJW 63,99,100

eine Freizeichnung von Schadensersatzverpflichtungen aus Verzug bei leichter Fahrlässigkeit des Unternehmers rechtfertigen; den Unternehmer auch in einem Verhalten zu schützen,das den an einen ordentlichen Kaufmann zu stellenden Sorgfaltsanforderungen in ungewöhnlichem Maße widerspricht, besteht kein sachlich gerechtfertigter Anlaß. Vielmehr erfordert das wirtschaftliche Interesse des Abnehmers, daß der Unternehmer sich größter Sorgfalt hinsichtlich der Einhaltung der zugesagten Liefertermine befleißigt [1].

Nach alledem bietet die Klausel, die jedweden Schadensersatz für Verzugsschäden ausschließt, ein Beispiel einseitiger Interessenverfolgung durch den Unternehmer. Ihre Abweichung von der gesetzlichen Dispositivregelung ist nicht gerechtfertigt [2].

Daß der BGH die Klausel in der unten zitierten Entscheidung [3] für zulässig hält, beruht auf der bereits abgelehnten [4] und nicht herrschenden Meinung,die Gültigkeit einer Klausel aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles her zu bestimmen [5]. Richtiger Ansicht nach wird die Rechtswirksamkeit von AGB-Abreden losgelöst vom Einzelvertrag bestimmt und allgemein gefragt, ob die Interessenbewertung durch die AGB von der gesetzlichen Interessenbewertung in sachlich nicht gerechtfertigter und den Abnehmer einseitig belastender Weise abweicht [6].

3) Schadensersatzansprüche nur bei schriftlicher ‚Vereinbarung'

Den Klauseln, die jedweden Schadensersatz des Lieferanten ausschließen, steht die Abrede gleich, die inhaltlich bestimmt, daß,,Verzugsstrafen und Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Lieferung ohne unsere (des Lieferers) schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen sind' [7]. Dem Abnehmer eröffnet damit

---

1) Carlebach JW 1922,88
2) Schneider NJW 54,134
3) vgl. BGH NJW 57,1760
4) s.o.S.11, Fußn. 2-4
5) In dem Fall NJW 57,1760 handelt es sich nämlich offensichtlich nur um leichte Fahrlässigkeit des Unternehmers
6) so auch BGH NJW 63,100; BGH 22,90 (anders noch BGH 20,164); Lukes,Festschr. S. 469,470,473 und NJW 63,1897; Laufke,Tagungsbericht Baur JZ 55,714; Raiser S.263;v.Caemmerer JZ 53, 99; Staud.-Weber § 242 D 97
7) Die Klausel findet sich im Stahl- und Waggonbau

erst eine besondere schriftliche Vereinbarung den Weg zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Damit ist die Zubilligung der dem Käufer nach der gesetzlichen Regelung zustehenden Schadensersatzansprüche in das Beliegen des Lieferanten gestellt, denn ein rechtlicher Zwang zu jener schriftlichen Vereinbarung, geknüpft etwa an vorsätzliche oder grobfahrlässige Lieferfristverzögerungen seitens des Lieferanten oder seiner leitenden Angestellten, findet sich in dem betreffenden AGB-Formular nicht.
Der Inhalt dieser Klausel besagt demnach nichts anderes als der Sinn der jedweden Schadensersatz ausschließenden Klausel, denn auch bei jener Klausel kann der Verkäufer, wenn es ihm beliebt, in Einzelfällen eine Schadensersatzverpflichtung anerkennen.
Auch diese Klausel ist daher wegen ihrer sachlich nicht gerechtfertigten, auf einseitige Interessenverfolgung des Lieferanten beruhenden Tendenz unzulässig [1].

III Besondere Entschädigungsregelung in Form der Pauschalisierung des Verspätungsschadens

In einer nicht geringen Anzahl von Wirtschaftszweigen wird nicht wie in den vorigen Fällen der Haftungsmaßstab zu Gunsten des Lieferanten verändert, sondern der Verspätungsschaden des Kunden in seiner Höhe begrenzt [2].

> ‚Gerät der Lieferer in Lieferungsverzug, so ist der Besteller berechtigt, eine Entschädigung zu beanspruchen, die den nachzuweisenden Schaden nicht übersteigt, höchstens aber o,5 % des Preises der rückständigen Lieferung für jede volle Woche der eingetretenen Verspätung, keinesfalls aber mehr als 5 %, betragen darf. Anderweitige Entschädigungsansprüche sind ausgeschlossen.'

Eine solche Pauschalisierung des Schadensnachweises läßt es fraglich erscheinen, ob in solchen Fällen der Unternehmer nicht jedweden Schadensersatzanspruch ausschließt und statt

---

1) RG Gruch 62,38; RGJW 1931,2719; Danielcik JW 36,2041 ff.; Hamann BB 50,832; Schneider NJW 54,134
2) So insbesondere im Stahl- und Maschinenbau, in der Elektrotechnik und im Eisen-,Stahl-,Blech- und Metallwarengewerbe.

dessen eine Vertragsstrafe verspricht. In Unternehmerkreisen wird jene Schadensregulierung tatsächlich häufig als Vertragsstrafe bezeichnet [1]. Für die Annahme einer Vertragsstrafe ist nicht Voraussetzung, daß die an die nicht rechtzeitige Leistung geknüpfte Entschädigungspflicht des Unternehmers als ‚Strafe' bezeichnet wird [2]. Entscheidend ist lediglich das objektive Vorhandensein der in § 339 BGB aufgezählten Voraussetzungen [3].Danach kann nur dann von einer Vertragsstrafe gesprochen werden, wenn die Zahlung einer Geldsumme oder die Erbringung einer anderen Leistung (vgl. § 243) versprochen wird.

Die AGB-Abrede setzt die Höhe der Entschädigung nicht unmittelbar fest. Ihre Höhe bemißt sich vielmehr in jedem konkreten Einzelfall verschieden. Sie ist nämlich einmal abhängig von dem tatsächlich eingetretenen und nachgewiesenen Schaden, zum andern von dem Wert der rückständigen Lieferung. Gleichwohl geht der Entschädigungsanspruch stets auf Erstattung einer Geldsumme. Daß somit die Höhe des jeweiligen ‚Straf'-anspruchs erst nach einem bestimmten Modus berechnet werden muß, kann den Charakter einer Vertragsstrafe nicht ändern [4]. Weiterhin ist die ‚Strafe' auch für den Fall versprochen,daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht rechtzeitig erfüllt (§ 339). Dem Institut der Vertragsstrafe wesensfremd ist jedoch die Verknüpfung der Entschädigung mit einem tatsächlich erlittenen und nachzuweisenden Schaden. Die Vertragsstrafe, die lediglich bedingt ist durch eine nicht gehörige (nicht rechtzeitige) Leistung [5], kann nach der gesetzlichen Regelung unabhängig von einem erlittenen Schaden verlangt werden [6]. Weiterhin könnte nach der gesetzlich geregelten Konstruktion der Vertragsstrafe über die Strafe hinaus der Schadensersatz-

---

1) Brobowski S.99
2) BGB-RGRK-Wilde § 339 Anm. 2
3) RG WarnRspr. 1909 Nr. 349
4) Soergel-Siebert-Schmidt § 339 Anm. 9
5) Soergel-Siebert-Schmidt § 339 Anm. 1; Enn.-Lehmann § 37 I
6) BGB-RGRK-Wilde § 340 Anm.2; RGZ 103,99; RGJW 1913,319; RG WarnRspr. 1908 Nr. 300, 1937 Nr. 127

anspruch wegen Nichterfüllung wegen verspäteter Lieferung geltend gemacht werden, denn § 341 sieht vor, daß die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangt werden kann; der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist aber nur die Kehrseite des Erfüllungsanspruchs, der deshalb in gleicher Weise behandelt werden muß [1]. Der gesetzgeberische Sinn der Vertragsstrafe liegt nun aber gerade darin, daß einmal der Gläubiger des Nachweises eines Schadens enthoben sein soll [2], zum anderen die Vertragsstrafe als Mindestbetrag eines geltendzumachenden Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung verlangt werden soll. Gerade diese Zweckgedanken liegen der Entscheidungsregel durch die Klausel jedoch nicht zugrunde. Der Gläubiger muß einen erlittenen Schaden nachweisen und ein Schadensersatzanspruch über den beschriebenen 5 %-Schaden hinaus ist ausgeschlossen. Daher kann die Klausel nicht unter dem Gesichtspunkt der Vertragsstrafe geprüft werden. Die Entschädigungsregelung stellt vielmehr eine Pauschalisierung der Verspätenshaftung dar [3]. Diese für die rechtstheoretisch saubere Kennzeichnung der Klausel notwendige Untersuchung kann allerdings für die Beurteilung der Klausel keinen geeigneten Abgrenzungsgesichtspunkt hergeben. Ob die Klausel als Vertragsstrafe oder als pauschalisierter Schadensersatzanspruch wegen nicht rechtzeitiger Lieferung beurteilt wird, führt in jedem Fall zu der Frage, ob der Abnehmer durch diese Regelung gegenüber den gesetzlichen Vorschriften unverhältnismäßig benachteiligt wird. Die AGB-Klausel will einen Schadensersatzanspruch nicht ausschließen, sondern begrenzen. Nach der gesetzlichen Regelung ist der Ersatzanspruch wegen eines durch Lieferungsverzögerung eingetretenen Schadens in seiner Höhe nicht beschränkt. Er kann daher dem Werte der rückständigen Lieferung gleichkommen, ja diese übersteigen. Die Beschränkung auf einen Ersatz von 5 % -soweit nicht Vorsatz des Lieferanten vorliegt- stellt demgegenüber eine Beschneidung der Gläubiger-

---

1) BGB-RGRK-Wilde § 341 Anm. 3
2) BGB-RGRK-Wilde § 340 Anm. 2; Soergel-Siebert-Schmidt § 339 Anm. 4; Enn.-Lehmann § 37 I 1; Brobowski S.99; BGH LM Nr.2 zu § 339; RGZ 103,99
3) Hase S. 51; Brobowski S.99

rechte des Abnehmers dar [1]. Auch das unbedingte Einstehen für vorsätzliches Bewirken nicht rechtzeitiger Erfüllung kann hieran nichts ändern. Vorsätzliche Lieferungsverzögerungen werden naturgemäß selten vorkommen, denn unternehmerisches Handeln wider eigene Interessen wird auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Gerade für die häufig vorkommenden Fälle fahrlässig bewirkter Verzögerungen ist der i.a.R. sozial schwächere Abnehmer schutzwürdig. Auf der anderen Seite bietet die Klausel auch Vorteile. Sie vermindert die Schwierigkeiten, die meist bei der Feststellung des tatsächlich erlittenen (Verzugs)schadens entstehen. Nach § 286 BGB hat der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen. Dem Gläubiger sollen nach der gesetzlichen Regelung also nur die Nachteile ausgeglichen werden, die er gerade dadurch erleidet, daß er die Leistung nicht zur rechten Zeit erhält. Hierbei wird es sich in den meisten Fällen um Mehraufwendungen handeln, die der Gläubiger erbringen muß, um während des Leistungsverzuges sein Interesse anderweit zu befriedigen, oder auch um entgangenen Gewinn, wenn der Gläubiger nachweislich bei rechtzeitiger Lieferung zu einem höheren Verkaufspreis hätte weiterveräußern können [2]. Die -positiv zu bewertende- Absicht der Klausel geht nun dahin, Streit zwischen Lieferanten und Warengläubiger über die Erforderlichkeit von Mehraufwendungen und die Höhe des entgangenen Gewinns auszuschließen. Dieser Zweck der Klausel, nämlich Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, ist sachgemäß, da Fragen, ob besondere Aufwendungen notwendig waren und ob der Gläubiger bei rechtzeitiger Lieferung teurer hätte weiterverkaufen können, besonders leicht zu Streitigkeiten Anlaß geben. Es liegt daher in beiderseitigem Interesse, wenn die Klausel die Höhe des Verzugsschadens begrenzt. Die Begrenzung auf 5 % des Preises der rückständigen Lieferung verletzt den Abnehmer auch nicht unzumutbar in seinen schutzwürdigen Belangen. In den beiden geschilderten Regelfällen des Verzugsschadens wird

---

1) Zu dieser Klausel auch Karau S. 171
2) Larenz I S. 265

der dem Gläubiger entstehende Schaden infolge Mehraufwendungen oder entgangenen Gewinns zumeist nicht höher liegen. Die Konkurrenz der Verkäuferfirmen untereinander läßt kaum erwarten, daß der Abnehmer, wenn er die benötigte Ware bei einem anderen Lieferanten bezieht, erheblich höhere Aufwendungen zu erbringen hätte. Ebenso selten werden die Fälle sein, daß der Abnehmer zum Fälligkeitszeitpunkt der Lieferung einen entschieden höheren Verkaufspreis als am Tage der tatsächlich erfolgten Lieferung erzielt hätte.
Die Klausel muß daher wegen ihrer sachgemäßen und die Interessen des Abnehmers nicht unbillig schmälernden Regelung als zulässig angesehen werden [1].

§ 11 Die einseitige Bindung des Abnehmers an den Vertrag

Eine der großen, in allen Wirtschaftszweigen feststellbaren Tendenzen geht dahin, die an sich berechtigte Lieferfristverlängerung möglichst weit auszudehnen, wobei dem Unternehmer jedoch ein Rücktrittsrecht vorbehalten bleibt. Auf diesem Wege soll eine möglichst einseitige langdauernde Bindung des Abnehmers eintreten. Am krassesten erscheinen dabei Klauseln, wie etwa diese:

> ‚Bei Überschreitung der Lieferfrist kann der Käufer ohne unsere Zustimmung nicht vom Vertrage zurücktreten' [2] oder
> ‚Ereignisse höherer Gewalt,... berechtigen nur uns zum Rücktritt des Vertrages' [3].

Bei der Untersuchung und Prüfung dieser Klauseln, die die Bindung von Verkäufer und Käufer an den einmal geschlossenen Vertrag behandeln, sind im wesentlichen drei Fragen auseinander zu halten.

---

1) a.A. Schneider NJW 54,134 Anm. 11a
2) Diese Klausel fand sich insbesondere in der feinkeramischen- und Glasindustrie, in der Holzver- und -bearbeitungsindustrie und beim Textil- und Bekleidungsgewerbe
3) s. auch RGJW 1908, 476

a) Bei Klauseln, die lediglich ein Fristverlängerungsrecht des Verkäufers aufgrund irgendwelcher Störungsereignisse entstehen lassen, ist zu fragen, wie lang dieses Fristverlängerungsrecht allenfalls sein darf.

b) Tritt ein Störungsereignis auf, so erscheint es fraglich, ob die vorbehaltlose Zuerkennung eines Rücktrittsrechts zugunsten des Verkäufers zulässig ist.

c) Den Fragenkomplex abschließend wäre sodann noch zu entscheiden, ob der Kunde für eine mehr oder weniger lange Zeit einseitig an den Vertrag gebunden werden kann, während es dem Verkäufer freisteht zurückzutreten. Diese Frage wird auch unter dem Gesichtspunkt des Verzuges in den Fällen relevant, in denen der Lieferant sich aufgrund irgendwelcher Störungsereignisse sowohl vorbehält, die Lieferzeit nach seinem Belieben zu verlängern, wie auch, vom Vertrage zurückzutreten. Hiervon zu unterscheiden sind die in etwa ähnlichen, aber ein ganz anderes Gebiet betreffenden Klauseln, die bei Abschluß des Vertrages den Käufer einseitig an seinen Vertragsantrag binden, während der Verkäufer sich an den Vertrag noch nicht gebunden erklärt hat.

I Die nicht befristete Hinausschiebung des Liefertermins

Die Klauseln, die den Käufer schlechthin zum Nachempfang der Ware für verpflichtet erklären, können wegen ihres eindeutigen Wortlauts nicht anders ausgelegt werden, als daß der Kunde ohne Rücksicht auf die Dauer des Störungsereignisses zur Abnahme der Ware verpflichtet bleibt [1]. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klausel ist darauf zu achten, daß jener Verpflichtung des Kunden aber auch das Recht korrespondiert -sofern der Verkäufer sich nicht einen Rücktritt vorbehalten

---

1) RG JW 1916, 487

hat-, nach einer noch so langen Zeit, Lieferung der Ware zu verlangen. Für beide Parteien träte daher die gleiche Bindungswirkung ein. Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, daß sich der Verkäufer meist ein Rücktrittsrecht ausbedingt und sich darüberhinaus die Bindung des Verkäufers keineswegs so störend auswirkt wie die fortdauernde Verpflichtung des Abnehmers. Der Unternehmer ist aufgrund seiner Behinderungsklausel nicht genötigt, unter drückenden Verhältnissen seine Verpflichtung zu erfüllen. Für den Abnehmer bedeutet jedoch ein ins Ungewisse verschobener Liefertermin eine fortdauernde Belastung und Einplanung der jederzeit möglicherweise akut werdenden Abnahmeverpflichtung. Die ebenfalls fortdauernde Bindung des Verkäufers vermag daher keine durchgreifende Rechtfertigung für ein unübersehbares Festhalten des Schuldners am Vertrage herzugeben.
In Rspr. und Rechtslehre ist anerkannt, daß eine zeitweilige Unmöglichkeit einer dauernden gleichzuachten ist, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die zeitweilige Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und dem Gegner das Festhalten am Vertrage nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann [1]. Der die Unmöglichkeit geltendmachende Vertragsteil muß alle zumutbare Rücksicht auf die anerkennenswerten Interessen seiner Vertragspartei an Aufrechterhaltung des Vertrages nehmen [2]. Diese Rücksichtnahme schließt aber einen Rücktritt vom Vertrage nicht aus, wenn eine Befreiung von dem Störungsereignis nicht abzusehen und dem Lossagenden ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Die Klausel nimmt dem Käufer diese ihm nach der gesetzlichen Dispositivregelung zustehenden Rechte vollends. Das billigenswerte, oft lebenswichtige Interesse des Abnehmers an einem Rücktritt vom Vertrage

---

1) RGZ 105,380; OGHZ 2,253; 3,397; BGH LM Nr.3 bn § 323 I 1; BGH MDR 54,734; Larenz I S.254; BGB-RGRK-Wilde § 323 Anm.2; Erman-Groepper § 323 Anm.2 b bb); Düringer-Hachenburg-Werner Anm. 263 vor § 343 HGB; Enn.-Lehmann § 46 IV a; Esser S.118; Soergel-Siebert-Schmidt Anm. 26 vor § 275; Staudinger-Weber § 242 B 263; Pal.-Danckelmann § 275 Anm.4; Schreiber DJZ 1915,1176; Hueck DJZ 1915, 815; Krückmann LZ 1916,712; die beiden letztgenannten unter der durch den 1. Weltkrieg geschaffenen außergewöhnlichen Lage, daß der Käufer vom Lieferanten Leistung verlangt.
2) BGH MDR 54, 734

wird in der bewußten Klausel nicht zur auflösenden Bedingung gemacht. Der Käufer bleibt schlechthin zum Nachempfang verpflichtet. Hierdurch wird der Käufer in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu sehr eingeengt.Er muß ständig mit einer plötzlichen Lieferung rechnen und demgemäß stets dafür Sorge tragen, daß er überhaupt noch einen Absatzmarkt für seine Ware findet. Diese Schwierigkeiten sind dann besonders groß, wenn es sich um der Mode unterworfene Artikel handelt, wie sie in der Holzver- und -bearbeitungsindustrie und im Textil- und Bekleidungsgewerbe z.B. vorkommen. Gerade bei Modeartikeln wird nach einer zu langen Lieferverzögerung die geschuldete Leistung infolge eines Modenwechsels w i r t s c h a f t l i c h gar nicht mehr dieselbe sein [1]. Die Ware ist in den Regelfällen für den Abnehmer dann wertlos geworden. Ganz allgemein und nicht nur auf Modeartikel beschränkt gilt jedoch, daß einem Geschäftspartner eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses dann nicht mehr zumutbar ist, wenn es völlig ungewiß ist, wann das Leistungshindernis einmal wegfällt. Der Wirtschaftsverkehr ist grundsätzlich auf einen schnellen Umschlag der Güter und nicht auf zeitlich unbegrenzte Abnahmeverpflichtungen eingestellt. Einem Geschäftsmann kann nicht zugemutet werden, ständig einen zeitlich nicht bestimmten und bestimmbaren Termin für die Lieferung gewisser Waren einzuplanen. Aus all diesen Gründen beschneidet die Klausel, die den Abnehmer zu einem zeitlich unbegrenzten Nachempfang der Ware verpflichtet, die Belange des Käufers ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu stark. Sie ist daher unzulässig.

II Die vorbehaltlose Zuerkennung eines Rücktrittsrechts zu Gunsten des Lieferanten

In den meisten Fällen ist in der Klausel dem Unternehmer ein Recht zum Rücktritt zugesprochen, während der Abnehmer zum Nachempfang verpflichtet erklärt wird. Besteht wie oben eine zeitlich uneingeschränkte Verpflichtung zum Nachempfang, so

---

1) vgl. RGZ 93, 341; 94,46; 101,79

ist die Klausel aus den bereits erörterten Gesichtspunkten unzulässig. Oft wird indes der Abnehmer nur verpflichtet, eine angemessene (dazu unten S.94)Lieferfristverlängerung hinzunehmen. In diesen Fällen behält sich der Lieferant ein Rücktrittsrecht aufgrund bestimmter Störungsereignisse vor. Das bedeutet, daß bei Vorliegen dieser Störungsereignisse der Unternehmer sofort mit Eintritt desselben ein Recht zum Rücktritt bekommt, während der Abnehmer erst nach Ablauf einer gewissen Lieferfristverlängerung rücktrittsberechtigt wird. Ist das Störungsereignis nur von kurzer Dauer, steht dem Abnehmer das Rücktrittsrecht überhaupt nicht zu. Es ist bereits ausgeführt [1], daß nur solche Störungsereignisse zu Lieferfristverlängerungen berechtigende Gründe darstellen, die ihrem Umfang nach generell den unternehmerischen Betrieb empfindlich zu stören geeignet sind und auch tatsächlich zu einer Unmöglichkeit oder doch wesentlichen Erschwernis pünktlicher Lieferung führen. Sehr oft werden diese Störungsereignisse einen Umfang annehmen, daß nach ihrer Beseitigung dem Unternehmer aufgrund veränderter Verhältnisse ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann [2]. Aber auch, wenn die Behinderung nicht dieses Ausmaß erreicht, erscheint es angemessen, dem Unternehmer schon bei Eintritt des Störungsereignisses ein Rücktrittsrecht zu geben. Den Unternehmer völlig von den vertraglichen Pflichten zu lösen, entspricht nicht zuletzt auch dem Interesse des Käufers, dem in vielen Fällen eine schnelle und eindeutige Klärung der Sach- und Rechtslage mehr nützt, als ein Lieferungsanspruch, dessen Erfüllung in zeitlicher Hinsicht völlig ungewiß ist. Es erscheint auch sachgerecht, dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht nicht nur in den Fällen zuzusprechen, in denen bei Eintritt des Störungsereignisses die Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung klar erkennbar ist, sondern auch in den Fällen, in

---

1) s.o. S. 47

2) RGZ 92,87; 94,45; 103,328; 107,156; BGH LM Nr.12 zu § 242 (Bb); BGH LM Nr.2 zu § 779; BGB-RGRK-Nastelski § 275 Anm. 18,19; Blomeyer S.151 ff.; Enn.-Lehmann § 41 II,III; Esser S.118; Krückmann LZ 1916,712; Hueck DJZ 1915,815

denen mit einer bedeutenden Erschwernis pünktlicher Lieferung fest zu rechnen oder die sogar schon eingetreten ist. Es ist allerdings daran festzuhalten, daß das Störungsereignis aller Voraussicht nach einen starken produktions- und absatzhindernden Einfluß auf das Lieferunternehmen ausüben muß. In diesen Fällen ist dem Unternehmer ein sachlich gerechtfertigtes Interesse zuzusprechen, daß allein seine unternehmerische Erfahrung darüber entscheidet, ob ohne Rücksicht auf evtl. größere Verluste die Lieferung rechtzeitig oder nach angemessener Lieferzeitverlängerung erbracht werden soll, oder ob es zur Erhaltung des Betriebes erforderlich ist, sich zunächst von allen Lieferverpflichtungen zu lösen. Aus diesem Grunde ist es auch gerechtfertigt,daß nach dem Klauselinhalt schon bei Eintritt des Störungsereignisses, ohne daß die Folgen der Lieferungsunmöglichkeit oder -erschwernis bereits eingetreten sind, dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht zuerkannt wird. Wie schon kurz angedeutet, geht das Interesse des Abnehmers im Regelfall in die gleiche Richtung. Für einen Kaufmann ist besonders wichtig, den zukünftigen Geschäftsablauf klar zu überblicken, um seine weiteren Planungen hierauf einzurichten. Ein vom Verkäufer erklärter Rücktritt verschafft ihm diese Klarheit, während eine ins Ungewisse verschobene Lieferfrist seine weiteren Geschäftsabschlüsse nur belastet. Zudem werden in den allermeisten Fällen die in der Klausel aufgezählten Störungsereignisse ohnehin zu einer längeren Zeit andauernden Lieferungsunmöglichkeit führen, so daß für diese Fälle meist schon die gesetzliche Regelung (§§ 279,285) den Schuldner von seiner Verpflichtung frei werden läßt. Die Klausel, die dem Lieferanten bei Eintritt von Störungsereignissen, die eine pünktliche Lieferung unmöglich machen oder wesentlich erschweren, das Recht gibt, vom Vertrage zurückzutreten, erscheint daher als zulässig, da sie in den Regelfällen die Interessen beider Teile angemessen berücksichtigt [1]. Die Klausel ist aus den gleichen Erwägungen auch bei Verträgen zulässig, mit deren Durchführung schon begonnen worden ist. So kann der Verkäufer bei einem Sukzessivlieferungs-

---

1) Hub § 6 Ziff. 3(45); Hase S.40; Brobowski S.183

vertrag für die Zukunft zurücktreten,wenn sein Betrieb von einem Störungsereignis betroffen wird. Der Rücktritt wird gemäß §§ 349,13o I BGB wirksam, wenn dem Abnehmer die Rücktrittserklärung der Lieferanten zugeht.

III Kombination von Rücktritts- und Lieferfristverlängerungsrecht

Auch wenn der Rücktrittsvorbehalt des Unternehmers gekoppelt mit dem Recht zur Nachlieferung in den AGB festgesetzt ist, ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit, vorausgesetzt, daß die Verlängerung nicht unangemessen ist [1]. Die Zulässigkeit beider Möglichkeiten für sich genommen ist bereits bejaht worden [2]. Die Kombination führt nicht zu einer unangemessenen Konzentration unternehmerischer Rechte im Falle von Betriebsstörungen. Die Kombinationsmöglichkeit wird vielmehr wegen ihrer größeren Elastizität der Interessenlage mindestens so gerecht.
Im Regelfall wollen doch beide Vertragsparteien den Vertrag erfüllt wissen. Erkennt daher der Unternehmer, daß in absehbarer Zeit wieder geliefert werden kann, so wird er sich -auch im Interesse des Käufers- für eine Fristverlängerung entscheiden. Sieht er, daß die Fabrikation auf lange Sicht lahmgelegt ist, wird er den Rücktritt wählen. Problematisch ist die Klausel eigentlich nur insoweit, als sie durchaus zuläßt, daß der Unternehmer zunächst Fristverlängerung und anschließend Rücktritt verlangt. Aber auch hierfür besteht ein sachlich gerechtfertigter Grund [3].
Dem Unternehmer wird es oft nicht möglich sein, das Ausmaß der Störung soweit zu erkennen, um sich klar für Fristverlängerung oder Rücktritt zu entscheiden. Er muß sich daher zunächst auf eine Fristverlängerung berufen können, um nach Erkenntnis der in absehbarer Zeit nicht durchführbaren Lieferungen den Rücktritt zu erklären. Oft wird es auch so sein,

---

1) s. dazu u. S.94
2) s.o. S. 85 ff.
3) Brobowski S. 183

daß der Unternehmer sich bemüht, innerhalb der angemessenen Fristverlängerung zu liefern, dann aber im Laufe der Produktion sein vergebliches Unterfangen einsieht. Würde man die Kombination mit Rücksicht auf diese Fälle für unzulässig halten, würde der Unternehmer vorsichtigerweise stets das Rücktrittsrecht ausüben und der Abnehmer müßte auf die Lieferung ganz verzichten. Auch für die Zulässigkeit der ‚Kombinationsklausel' gilt, was schon für die Rücktritts - und Lieferfristverlängerungsklausel ausgeführt wurde (s.o.S. 47,48),daß nämlich die Erbringung der Leistung entweder unmöglich oder doch mit ganz erheblichen Erschwernissen verbunden oder aber, wenn die Wirkungen des Störungsereignisses noch nicht eingetreten sind, deren Eintritt höchstwahrscheinlich sein muß. Unter diesen Voraussetzungen muß auch die ‚Kombinationsklausel' als zulässig angesehen werden. Die Klausel unterscheidet sich allein dadurch von der Rücktritts- und Lieferfristverlängerungsklausel, daß der Verkäufer die Wahl zwischen beiden Rechten hat, ja sogar nach Ausübung des Lieferfristverlängerungsrechts noch den Rücktritt erklären kann. Wie oben schon ausgeführt (s.o.S.91) ist aber gerade diese Wahlmöglichkeit sachlich gerechtfertigt. Der Eintritt eines Störungsereignisses kann in einem Fall die Ausübung des Lieferfristverlängerungsrechts, im anderen Fall die Erklärung des Rücktritts zweckmäßiger erscheinen lassen. In anderen Fällen läßt sich bei Eintritt des Behinderungsgrundes überhaupt noch nicht übersehen, ob die Ausübung des einen oder des anderen Rechts zweckmäßiger ist. Für Verkäufer und Käufer ist es in solchen Fällen oft günstig, wenn der Verkäufer die Möglichkeit hat, zunächst eine Verlängerung der Lieferfrist in Anspruch zu nehmen, um inzwischen Klarheit über die Erfüllbarkeit des Vertrages zu erlangen.

Nach alledem erscheint die Klausel, die dem Lieferanten im Falle von Betriebsstörungen ein Rücktrittsrecht oder die Wahlmöglichkeit zwischen Rücktrittsrecht und Fristverlängerung zubilligt, zulässig.

IV Behinderungsklausel mit teilweisem Rücktrittsrecht

Aus gleichem Grund ist die ähnliche, in allen Wirtschaftszweigen gelegentlich vorkommende Klausel zulässig, die dem Unternehmer neben dem Recht auf Fristverlängerung das Recht gibt, entweder ganz oder nur teilweise zurückzutreten. Im Regelfall entspricht es dem Interesse beider Teile, wenn der Lieferant, soweit es ihm möglich ist, seine Lieferverpflichtungen erfüllt. Dies kann indes nur gelten, wenn die geschuldete Leistung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch teilbar ist. Die grundsätzliche Zulässigkeit des teilweisen Rücktritts rechtfertigt sich daraus, daß einerseits gegen die Zuerkennung eines umfassenden Rücktrittsrechts zu Gunsten des Lieferanten, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind (s.o. S.89),keine Bedenken bestehen, andererseits durch die Erwägung, daß für den Abnehmer i.a.R. eine wenigstens teilweise Erfüllung des Vertrages günstiger ist als ein gänzlicher Ausfall der Leistung. Diese letzte Erwägung trifft indes nicht mehr zu, wenn der Teil der Leistung, der erfüllt werden soll, für den Abnehmer ohne Interesse ist. Man denke z.B. an den Fall, daß der Abnehmer bei seinem Lieferanten zwei Maschinen bestellt hat, die nur zusammen eine Arbeitseinheit bilden. Hier ist für den Abnehmer die Lieferung nur einer Maschine ohne Interesse. Würde der Lieferant nunmehr teilweise vom Vertrage zurücktreten, wäre der Abnehmer zur Bezahlung und Abnahme der einen für ihn unverwertbaren Maschine verpflichtet. Dies wäre ein grob unbilliges Ergebnis.
Die Klausel, die ein teilweises Rücktrittsrecht des Verkäufers vorsieht, ist daher nur in den Fällen rechtsgültig, in denen die geschuldete Leistung wirtschaftlich teilbar ist und der Käufer vernünftigerweise auch ein Interesse an der Teilerfüllung hat.
Ganz und gar unzulässig ist dagegen eine Klausel aus der Nahrungs- und Genußmittelindustrie, die, ähnlich der gerade behandelten Klausel, dem Lieferanten ein Recht zum teilweisen Rücktritt gibt, wobei aber Voraussetzung dieses Rechts kein

die rechtzeitige Lieferung unmöglich machendes Störungsereignis ist.

> ‚Die Abgabe unserer Angebote und die Annahme aller Aufträge erfolgt unter Vorbehalt der Liefermöglichkeit und freibleibend hinsichtlich der Lieferzeit, der Bedingungen und der Liefermenge. Bei teilweiser Ausführung eines Auftrages besteht keine Verpflichtung zur Lieferung des Restes.'

Die gänzliche Freizeichnung von der Einhaltung vereinbarter Liefertermine ist bereits als unzulässig festgestellt worden. Der zweite Satz will offensichtlich an den Satz 1 anschließen, denn ohne Zusammenhang mit dem ersten Satz würde er ganz offensichtlich unzulässig sein, weil er den Verkäufer von jeder aus dem Vertrage folgenden Lieferverpflichtung freizeichnete, sofern er nur einen -geringfügigen- Teil einmal geleistet hätte. Aber auch im Zusammenhang mit dem Satz 1 muß der Klausel die Gültigkeit versagt bleiben.
Wenn es in Satz 1 heißt ‚freibleibend hinsichtlich der Lieferzeit' so bedeutet dies, daß der Lieferant bei jedwedem seinen Betrieb nur irgendwie berührenden Ereignis von der pünktlichen Einhaltung der Lieferzeit befreit sein will. Der Satz 2 will ihm darüberhinaus in diesen Fällen das Recht geben, vom Vertrage teilweise zurückzutreten. Der Vorbehalt dieses Rücktrittrechts läßt die schutzwürdigen Belange des Abnehmers völlig außer Acht und ist durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigt. Diese Klausel ist unzulässig.

V Zur Angemessenheit der Fristverlängerung

In den vorigen Kapiteln (§ 11 I - IV) sind Klauseln behandelt worden, in denen sich die AGB-Aufsteller meist Lieferfristverlängerungs- und Rücktrittsrechte vorbehalten haben. Obwohl das Lieferfristverlängerungsrecht konstruktiv keine Verzugsfolgenregelung bedeutet, ist es wegen des sehr oft in den Klauseln gleichzeitig vorbehaltenen Rücktrittsrechts und der Notwendigkeit einer zusammenhängenden Darstellung in dem Abschnitt B der Arbeit behandelt worden. In diesem Abschnitt muß daher auch abschließend behandelt werden, wie lang die

Fristverlängerung sein darf, damit sie dem Käufer billigerweise noch zugemutet werden kann. In den AGB-Klauseln werden z.T. ‚angemessene' Lieferfristverlängerungen in Lauf gesetzt, z.T. wird schlechthin für die Dauer des Hindernisses die Frist verlängert, z.T. wird in letzterem Fall die Höhe der Fristverlängerung begrenzt [1].

Zulässig erscheinen die Klauseln, die dem Käufer nur eine zeitlich ‚angemessene' Abnahmeverpflichtung auferlegen. Wie schon ausgeführt, kann dem Käufer nicht auf unabsehbare Zeit ein Warten zugemutet werden. Für den Einzelfall ergeben die gesamten Tatumstände sowie der Grundsatz von Treu und Glauben und die Interessen beider Vertragsparteien [2] das Maß der angemessenen Verlängerung. Im Schiffs-, Maschinen- und Luftfahrzeugbau wird der Lieferant regelmäßig wesentlich weiter verlängern dürfen als z.B. in der Nahrungs- und Genußmittelindustrie. In jenen Industriezweigen werden oft nur Einzelstücke bestellt und gefertigt, die speziell nach den Anweisungen des Bestellers gefertigt werden, und deren Herstellung meist geraume Zeit unter Aufwendung erheblichen Kapitals in Anspruch nimmt. Es besteht für den Unternehmer in diesen Fällen ein ganz dringendes Interesse daran, daß das vielleicht kurz vor der Vollendung stehende Einzelstück auch von seinem Besteller abgenommen wird, da ein anderer Käufer für das nach besonderen Wünschen hergestellte Einzelstück nur schwer zu finden sein wird. In solchen Fällen muß dem Lieferanten eine nicht unerhebliche Lieferfristverlängerung zugebilligt werden. In der Nahrungsmittelindustrie besteht ein solches Bedürfnis in der Regel nicht. Der Lieferant ist nicht darauf angewiesen, daß gerade der Käufer, der die Waren bestellt hat, diese auch abnimmt. Andererseits ist in diesem Industriezweig auch das schutzwürdige Interesse des Käufers größer, sich bei Lieferfristverzögerungen

---

1) Im Textilgewerbe (nach den EB) 5 Wochen; i.ü. lassen sich keine Gruppen einzelner Industriezweige bilden, die die eine oder andere Möglichkeit der Fristverlängerung in ihren AGB festsetzen. Die aufgezeigten Möglichkeiten sind in allen Zweigen anzutreffen.

2) RGZ 89,125; RG WarnRspr. 1911,66; BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm. 10 für die Nachfrist gemäß § 326

so bald wie möglich anderweit eindecken zu können und von der Abnahmeverpflichtung gegenüber dem säumigen Lieferanten frei zu werden. In der Nahrungsmittelindustrie lebt der Wiederverkäufer i.a.R. von einem schnellen Umsatz größerer Wareneinheiten, so daß er zwingend darauf angewiesen ist,von einer anderen Firma Waren der bestellten Art zu erhalten. Aus diesem Beispiel läßt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, daß die Lieferfrist umso mehr verlängert werden kann, als der Verkäufer ein schutzwürdiges Interesse daran hat, daß die zu liefernde Sache von ihrem Besteller abgenommen wird. Regelmäßig kürzer muß die Lieferfristverlängerung in den Fällen sein, in denen der Abnehmer auf einen sofortigen Bezug der bestellten Waren dringend angewiesen ist, und der Verkäufer nach Behebung des Störungsereignisses einem größeren Käuferkreis gegenübersteht.

Eine Lieferfristverlängerung schlechthin bis zur Behebung des Störungsereignisses läuft in ihrer Wirkung darauf hinaus, daß der Käufer zum Nachempfang der Lieferung verpflichtet bleibt, ohne Rücksicht auf die Dauer der Behinderung. Für den Käufer ergeben sich daraus die gleichen mißlichen Folgen wie bei der Klausel über die Nachempfangspflicht. Der Käufer steht unter dem ständigen Druck, zu einem ungewissen Zeitpunkt eine Lieferung noch abnehmen zu müssen, die vielleicht für ihn infolge eines Modewandels uninteressant geworden ist. Auch abgesehen davon muß er jederzeit die noch bestehende Abnahmeverpflichtung bei seinen Neueinkäufen, bei Überprüfung der Lagerverhältnisse usw. einplanen. Dies bedeutet für den Käufer eine unzumutbare Belastung. Eine unbeschränkte Lieferfristverlängerung bis zur Behebung des Störungsereignisses ist daher aus denselben Gründen unzulässig wie die Klausel über die Nachempfangspflicht [1].

Zwischen diesen beiden Möglichkeiten steht die Klausel, die die Höchstzeit der Fristverlängerung auf ein bestimmtes Maß begrenzt. Die rechtliche Bewertung kann an das gerade Behandelte anschließen, soweit das Höchstmaß der Fristverlängerung noch

---

1) s. dazu o.S. 87

als ‚angemessen' erscheint, wird der Klausel die Anerkennung nicht versagt werden dürfen. Anders ist hingegen bei Höchstfestsetzungen zu entscheiden, die jedwede Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Belange des Käufers vermissen lassen. Hierbei wird es auf die speziellen Eigenarten des konkreten Wirtschaftszweiges ankommen. So wird z.B. bei Artikeln, die stark der Mode unterworfen sind, regelmäßig nur eine kleine Verlängerung in Frage kommen. Nicht anders wird es bei hochwertigen Maschinen sein, von denen der Besteller unbedingt ein, aber auch nur ein Exemplar benötigt. Eine zu lange Wartezeit würde, da der Kauf einer weiteren Maschine bei einem Konkurrenzunternehmen des Lieferanten nicht erforderlich ist, den ganzen Produktionsablauf des Bestellers hemmen.
Unter diesem Gesichtspunkt erscheint daher eine Fristverlängerung von 4 Monaten, wie sie z.T. in der Möbelindustrie vorkommt oder von 6 Monaten in der Textilindustrie (z.T.) nicht mehr als angemessen. Solche Klauseln sind unzulässig.
Zusammenfassend kann zu diesem Punkt nach alledem gesagt werden, daß im Falle des Eintritts von Störungsereignissen der Verkäufer sich sowohl ein Rücktrittsrecht wie auch ein Recht zur angemessenen Fristverlängerung wie auch eine Kombination dieser beiden Rechte vorbehalten darf.
Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Besteller der nicht auslieferbaren Waren ein bedeutendes wirtschaftliches Interesse daran hat, alsbald über die Schritte des Lieferanten unterrichtet zu werden. Infolgedessen muß der Lieferant nach Erkennung der Tragweite der Störung unverzüglich den Abnehmer über seine Absichten informieren, will er sich die Berufung auf die Klausel erhalten [1].

§ 12 Teilunwirksame Verzugsklauseln am Beispiel der allgemeinen Freizeichnungsklauseln

Sehr häufig kommen in allen Wirtschaftszweigen Klauseln vor, nach denen sich der Lieferant bei Eintritt irgendwelcher Störungsereignisse ein Rücktrittsrecht vorbehält und schlechthin

---

1) Brobowski S.98; RGLZ 1917,267,417; 1920,433; RGZ 91,109; vgl. i.ü. S.

jede Schadensersatzverpflichtung ausschließt.
Nach den vorstehenden Erörterungen ist der uneingeschränkte Ausschluß von Schadensersatzansprüchen des Bestellers ohne weiteres unzulässig, während der Vorbehalt des Rücktrittsrechts zu Gunsten des Lieferanten nicht zu beanstanden ist.

Die Klausel ist daher teilweise unzulässig und, da sie insoweit keinerlei Rechtswirkungen erzeugen kann, teilunwirksam.

I. Teil- und Gesamtnichtigkeit von AGB

Damit stellt sich das allgemeine Problem, wie sich nämlich der unwirksame Teil einer Klausel auf den rechtsgültigen Teil auswirkt. Nun sind allerdings der Ausschluß der Verpflichtung zur Nachlieferung und zum Schadensersatz sowohl gedanklich wie praktisch zu trennen. Die beiden Freizeichnungen hätte der AGB-Aufsteller ohne weiteres auf zwei Klauseln verteilen können. Daher kann die zu entscheidende Frage in die Form gekleidet werden, wie sich die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel auf die übrigen Klauseln und den Vertrag insgesamt auswirkt. Bei genauer Anwendung des § 139 BGB müßte man i.a.R. zur Gesamtnichtigkeit der AGB insgesamt und des Vertrages kommen [1]. Dieses Ergebnis, darüber besteht nahezu Einmütigkeit, wird gleichwohl nicht angenommen [2], weil der -zu schützende- Kunde sonst seine vertraglichen Rechte verlöre und auf bloße Schadensersatz- oder ungewisse Bereicherungsansprüche angewiesen wäre. Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die vielfältigen Versuche einer dogmatisch sauberen Lösung des Problems auch nicht andeutungsweise eingegangen werden [3]. Mit der ganz überwiegenden Meinung ist dem E r g e b n i s zuzustimmen, daß lediglich die beanstandete Klausel als nichtig anzusehen ist, während der Vertrag im Ganzen mit den rechtsgültigen AGB

---

1) Mroch S. 25; Raiser S. 321
2) RGZ 48,218; BGH 5,122; 22,93; Pagenstecher S.20; von Brunn S.80; Roquette DRW 40,2150; Lukes,Festschr.S.485; a.A. Koch DR 1944, 168
3) vgl. hierzu die gute Übersicht bei Sandrock AcP 159,526 zur h.M.; abweichend Lukes, Festschr. S. 482 ff.

fortbesteht [1].

II Unwirksamkeit des Gesamtvertrages, des AGB-Komplexes oder einzelner AGB ?

Den Vertrag im Ganzen unwirksam werden zu lassen, verbieten die schutzwürdigen Interessen des Abnehmers. Die Gesamtheit der AGB stets für nichtig zu erklären, besteht ebenfalls keine Notwendigkeit. Vielfach wird es gerade vorkommen, daß von einer angemessenen und billigen AGB-Regelung nur eine Klausel (z.B. Freizeichnung von jeder Verzugshaftung) offenbar unbillig ist. Zwar wird hierdurch i.a.R. auch die Gesamtheit der AGB die Belange des Abnehmers unzulässig schmälern. Deshalb aber die Gesamtheit der AGB für nichtig zu erachten, erscheint nicht notwendig. Die Verwerfung der einen unbilligen Klausel genügt zur Wahrung der billigenswerten Interessen des Käufers. Aber auch für den Unternehmer ist die Beschränkung der Unwirksamkeit auf die eine unzulässige Klausel von Vorteil. Denn bevor der Unternehmer das Geschäft sich allein nach den gesetzlichen Vorschriften orientieren lassen will, wird er lieber die ‚verkürzte' AGB-Regelung, die ihm immer leichte Vorteile vorbehalten wird, den Geschäften zu Grunde legen wollen. Sicherlich ist richtig, daß bei der Abwägung der Rechtsgültigkeit von AGB auf die Gesamtheit der AGB und der durch sie verdrängten Dispositivnormen und derer bei-der Bewertung der Interessenlage geblickt werden muß. Das schließt aber keineswegs eine gruppenweise Betrachtung einzelner AGB-Klauseln aus, in der Weise z.B., daß AGB hinsichtlich der Lieferzeit, der Mängelhaftung, des Gerichtsstandes usw. g e t r e n n t mit der gesetzlichen

---

1) Zu einem abweichenden Ergebnis gelangt Lukes (Festschr.S.84), der im Falle einer beanstandeten Klausel a l l e AGB -nicht aber den Vertrag- unwirksam werden läßt. (a.M. Flume, 100 Jahre ... S. 170).Dieses Ergebnis folgt konsequent aus der Auffassung von Lukes, man müsse schon den Aufstellungsvorgang der AGB als Rechtsgeschäft rechtlich bewerten. Wenn nun dabei der Aufsteller von der Unzulässigkeit einer Klausel gewußt hätte, hätte er die Gesamtheit der AGB in der von ihm verfaßten Form nicht aufgestellt. Infolgedessen sind gem. § 139 alle AGB nichtig. Außerdem müsse, weil die Gesamtheit der AGB einer Prüfung unterzogen wird, das Rechtsunwerturteil auch die Gesamtheit der AGB treffen und demgemäß nichtig machen.

Regelung verglichen werden. Denn die Feststellung der Unzulässigkeit einer AGB-Regelung, zu der man im wesentlichen durch einen Vergleich dieser Regelung mit den gesetzlichen Dispositivvorschriften gelangt ist, setzt sich notwendigerweise aus einer Summe von Einzelentscheidungen im Hinblick auf jede einzelne Klausel zusammen. Denn erst die Erkenntnis, daß eine Reihe von Einzelklauseln von der gesetzlichen Regelung abweichen, führt zu dem Schluß, daß die Gesamtheit der AGB im Vergleich mit der durch das Gesetz fixierten Rechtslage den Abnehmer unbillig belastet. I.a.R. wird sich diese getrennte, gruppenweise Betrachtung einzelner Klauseln bei der Abwägung, was dem Kunden auf der einen Seite genommen und auf der andern Seite vielleicht wieder zugewendet wird, gar nicht anlegen lassen. Ein Nachteil, der dem Kunden gegenüber der gesetzlichen Regelung bei der Mängelhaftung zugemutet wird, kann nicht ohne weiteres mit einer ihm vorteilhaften Regelung bei der Gerichtsstandfrage verglichen werden. Deshalb wird i.a.R. ohnehin abschnittsweise zu prüfen sein, ob die gesamte Regelung der Mängelhaftung, des Lieferverzuges, des Gerichtsstandes usw. den Kunden unbillig belastet. Dann aber erscheint es auch richtig und sachgerecht, wenn der gerade unbillige Komplex als nichtig zu behandeln ist und nicht die Gesamtheit aller AGB. Die Einordnung der Klauseln in einzelne Komplexe orientiert sich zweckmäßigerweise nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, da die einzelnen Komplexe bei der Rechtsgültigkeitsprüfung meist mit den entsprechenden Regelungen des BGB verglichen werden und von der Kenntnis des BGB her Sachzusammenhänge ohne weiteres erkennbar sind. Danach läßt sich eine Gruppe von Klauseln bilden, die den Abschluß des Vertrages betrifft, eine weitere, die den äußeren Ablauf der Vertragserfüllung (Leistungsort, Leistungszeit,Gerichtsstand) behandelt. Eine Reihe anderer Klauseln wird die Mängelhaftung regeln, ein anderer Komplex die Leistungsstörungen wie Unmöglichkeit und Verzug etc.
Nach alledem ist die vorangestellte Klausel insoweit nur unzulässig, als sie dem Abnehmer jedweden Anspruch auf Schadensersatz wegen verzögerter Lieferung nimmt.

§ 13 Verzugsklauseln, die sich an § 326 BGB orientieren

Ein großer Komplex von Verzugsklauseln versucht, die durch § 326 BGB vorgesehene gesetzliche Regelung anders zu gestalten. Zum Teil schließen diese Klauseln an AGB an, die dem Abnehmer bei Vorliegen irgendwelcher Störungsereignisse angemessene Lieferfristverlängerungen zumuten, wobei ihm nach Ablauf der Fristverlängerung das Rücktrittsrecht zugestanden wird. Zum Teil handelt es sich um Klauseln, die dem Abnehmer ein Rücktrittsrecht in den Fällen gewähren, in denen der Unternehmer die Lieferfristverzögerung verschuldet hat.

I Auf § 326 BGB verweisende Klauseln

Ist eine nach den AGB vorgesehene Fristverlängerung, die mit Rücksicht auf die Interessen des Käufers angemessen sein muß, trotz Mahnung fruchtlos abgelaufen, so ist mit diesem Zeitpunkt entweder die Leistung des Unternehmers völlig unmöglich geworden -dann würde nach der gesetzlichen Regelung § 326 ohnehin nicht mehr eingreifen- [1] oder aber der Unternehmer befindet sich in Verzug. Ein gänzlicher Ausschluß der dem Käufer jetzt nach der gesetzlichen Regelung zustehenden Verzugsansprüche würde, wie bereits dargelegt, unzulässig sein. Der Lieferant muß, wenn die Klausel rechtsgültig sein will, daher Regelungen über Rücktrittsrechte des Bestellers treffen.
Eine Reihe von Klauseln beschränkt sich darauf, dem Abnehmer ein Rücktrittsrecht ‚nach Maßgabe' des § 326 BGB zuzubilligen. Die Voraussetzungen dieses Rücktrittsrechts richten sich daher genau nach der Vorschrift des § 326. Grund für die Verweisung auf § 326 ist, daß die Regelung in § 326 den Sachschuldner recht günstig stellt. Der Lieferant bekommt über die Fristverlängerung hinaus noch einmal eine Zeitspanne zugebilligt, innerhalb derer er versuchen kann, die Leistung zu erbringen. Jene Frist muß ‚angemessen' sein. Sie muß unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben die Interessen des

---

1) BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm.2; Soergel-S.-S. § 326 Anm. 10

Lieferanten berücksichtigen [1], d.h., sie muß den Lieferanten in den Stand versetzen, die bereits angefangene Erfüllung zu vollenden. Mit der Nachfristsetzung muß dem Lieferanten unmißverständlich und eindeutig angedroht werden, daß die Erfüllung nach Verstreichenlassen der Nachfrist abgelehnt wird [2]. Nur in wenigen Ausnahmefällen kann von dieser Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung Abstand genommen werden [3].

Die uneingeschränkte Geltung des § 326 ist ohne Bedenken zulässig, so daß jene Klausel rechtsgültig vereinbart werden kann.

1) Besonderheiten hinsichtlich der Einhaltung der Nachfrist

Wenn der Lieferant hinsichtlich der Einhaltung der Nachfrist des § 326 -wie vorher schon bezüglich der Lieferfristenverlängerung- vorschreibt, daß im Falle von Störungen des Versands die Meldung der Versandbereitschaft der pünktlichen Lieferung innerhalb der Frist gleichsteht [4], so ist diese Abrede nicht bedenkenfrei.
Wenn der AGB-Aufsteller im Falle einer Lieferfristverlängerung vorschreibt, daß bei Störungen des Versands die Meldung der Versandbereitschaft der pünktlichen Lieferung innerhalb der verlängerten Lieferfrist gleichsteht, so muß dies als zulässig angesehen werden. Die Lieferfristverlängerung schiebt die Fälligkeit der Leistung hinaus. Erst wenn der Lieferant zu dem aufgrund des Störungsereignisses hinausgeschobenen neuen Fälligkeitszeitpunkts nicht leistet, kommt er in Verzug, falls er die

---

1) RG Recht 1911 Nr. 301; RG WarnRspr.1911 Nr.66; Soergel-S.-S. § 326 Anm. 19; BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm.10
2) Enn.-Lehmann § 53 III 1 b; BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm.11; Soergel-S.-S. § 326 Anm. 15; RGZ 114,3; 120,193
3) vgl. hierzu BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm. 12-15; Soergel-S.-S. § 326 Anm. 22-26
4) So insbesondere in der Mineralölverarbeitung und Kohlenverwertstoffindustrie (Herstellung von Teer- und Asphaltprodukten), in der Nahrungs- und Genußmittel, der Holzbe- und -verarbeitenden Industrie

Verzögerung zu vertreten hat. Störungen des Versands sind indes von dem Unternehmer regelmäßig nicht zu vertreten.

Eine andere Betrachtungsweise ist jedoch geboten, wenn der AGB-Aufsteller auch in Bezug auf die Einhaltung der Nachfrist des § 326 bestimmt, daß bei Störungen des Versands die Meldung der Versandbereitschaft der pünktlichen Lieferung innerhalb der Frist gleichsteht. Die Nachfristsetzung des § 326 setzt gerade voraus, daß der Schuldner schon in Verzug ist. Für die Frage, ob der Schuldner innerhalb der Nachfrist des § 326 die Leistung rechtzeitig erbracht hat [1], kommt es nunmehr im Gegensatz zu § 285 nicht mehr darauf an, ob die Leistung aus vom Schuldner zu vertretenden Gründen verzögert worden ist [2]. Für den fruchtlosen Ablauf der Nachfrist ist vielmehr allein entscheidend, daß innerhalb der Frist tatsächlich nicht geleistet worden ist. Das entspricht der im Verzugsrecht geltenden Erfolgshaftung bei einem eingetretenem Verzug [3]. Aus diesem Grunde stellt die Klausel, die auch bei der Nachfrist des § 326 die Meldung der Versandbereitschaft der rechtzeitigen Lieferung gleichstellt, eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung dar. Gleichwohl ist die Klausel für zulässig zu erachten.

Die gesetzliche Regelung des § 326, die schlechthin bei Ablauf der Nachfrist die Rechtsfolgen des § 326 auslöst, trifft den in Verzug befindlichen Schuldner hart. Er hat vielleicht für die scharfen Verzugsfolgen einzutreten, ohne daß er die nicht pünktliche Lieferung innerhalb der Nachfrist verschuldete. Dazu kommt, daß es sich i.a.R. um einen Versendungskauf handeln wird, der, wie sich aus der Regelung des § 477 hinsichtlich der Transportgefahr ergibt, ohnehin in den Interessenkreis des Abnehmers fällt [4]. Unter diesen Umständen erscheint es daher noch als zulässig, wenn sich der Verkäufer von der sehr strengen Haftung des Gesetzes in den Fällen freizeichnet, in denen ihn an der nicht rechtzeitigen Versendung kein Verschulden trifft. Die Belange des Abnehmers werden durch die Zulassung der Klausel nicht unbillig beschnitten, denn grundsätzlich ist

1) Beim Versendungskauf genügt nach BGH 12,269, daß der Lieferant die Ware dem Frachtführer am letzten Tage der Nachfrist übergibt
2) Brobowski S.178; Soergel-S.-S.-§ 326 Anm.27; Erman-Groeppner § 326 Anm.7; Pal.-Danckelmann §326 Anm.7; Enn.-Lehmann §53 III 2
3) Esser S. 340
4) Esser S.476

nach dem Gesetz die Versendung der Waren von einem anderen Ort als dem Erfüllungsort Sache des Käufers. Im übrigen wird der Klausel ohnehin ein recht schwacher Anwendungsbereich bleiben, denn unter normalen Verhältnissen wird eine Versandunmöglichkeit, wenn überhaupt, dann doch nur für eine ganz geringe Zeit einmal auftreten.

2) ‚Rechtzeitige Meldung der Versandbereitschaft steht der pünktlichen Lieferung innerhalb der Nachfrist gleich '

Die Klausel muß dann jedoch als unzulässig angesehen werden, wenn sie darauf verzichtet, den Fall der Versandunmöglichkeit zu erwähnen und es schlechthin heißt:

‚Die rechtzeitige Meldung der Versandbereitschaft steht der pünktlichen Lieferung innerhalb der Frist gleich' [1].

Nach dieser Klauselformulierung wäre der Lieferant in jedem Fall berechtigt, bis zum letzten Tag die Ware nicht abzuschikken, sondern sich mit der Meldung der Versandbereitschaft zu begnügen. Ein so weites Abgehen von der gesetzlichen Regelung ist durch keine anerkennenswerten Gründe gedeckt und dient lediglich einseitiger Machtverstärkung. In dieser Form ist die Klausel daher unzulässig.

3) Nachfristsetzung erst nach Lieferfristablauf

Im Zusammenhang mit der gem. § 326 zu stellenden Nachfrist findet sich recht häufig die Klausel, nach der diese Nachfrist erst nach Ablauf der Lieferfrist gestellt werden darf. Diese Regelung sieht das Gesetz selbst in § 326 vor. Nach seinem eindeutigen Wortlaut setzt § 326 für die Nachfristsetzung einen sich bereits in Verzug befindlichen Schuldner voraus. Befindet sich der Schuldner aber erst einmal in Verzug, so ist begriffsnotwendig die Lieferfrist abgelaufen [2]. Zwar ist anerkannt,

---

1) Die Klausel findet sich in der Eisenschaffenden- sowie in der Nahrungs- und Genußmittelindustrie.
2) BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm.9; Soergel-Siebert-Schmidt § 326 Anm.13; Enn.-Lehmann § 53 III; RGZ 69,305; 93,180

daß die Fristsetzung mit der Mahnung gleichzeitig erfolgen darf [1]. Aber auch für diesen Fall ist die Lieferfrist notwendigerweise abgelaufen, denn gem. § 284 muß eine ordnungsgemäße Mahnung nach oder bei Fälligkeit der Leistung erfolgen[2].

Die Klausel ist daher wegen ihres der gesetzlichen Regelung korrespondierenden Inhalts zulässig.

II Antizipierte Festlegung einer minimalen Nachfrist

Sehr häufig finden sich Klauseln, die die gem. § 326 zuzubilligende Nachfrist auf ein zeitliches Minimum festsetzen:

> ‚Als gemäß § 326 zu setzende Nachfrist muß mindestens eine solche von 6 Wochen festgesetzt werden' [3].

Der Sinn dieser Bestimmung ist klar. Der Lieferant will eine sichere, ihm unter allen Umständen zustehende und möglichst lange Nachfrist zugebilligt bekommen. Nach der gesetzlichen Regelung ist die Nachfrist des § 326 ‚angemessen' zu bemessen [4]. Hierbei sind insbesondere die Belange des Gläubigers zu berücksichtigen [5]. Wenn der Lieferant bereits eine ausgiebige Fristverlängreung wegen irgendwelcher Störungsereignisse in Anspruch genommen hat, so wäre insbesondere dieser Umstand zu Gunsten des Abnehmers bei der Bemessung zu berücksichtigen[6]. Demgegenüber wird die Festsetzung einer Mindestnachfrist oft einseitig die Interessen des Lieferanten berücksichtigen. Bei der Abwägung einer Mindestnachfrist ist auf den konkreten Einzelgeschäftszweig abzustellen und zu fragen, welche Zeit dem Schuldner zu bemessen ist, um eine bereits angefangene Erfüllung zu vollenden, nicht aber, um eine Leistung noch ganz herzustellen oder ähnliches.

---

1) vgl. die Vorgenannten (a.A. Marx JW 1924, 1584)
2) Enn.-Lehmann § 51 II 2; BGB-RGRK-Wilde § 284 Anm.13; Soergel-Siebert-Schmidt § 184 Anm.4; RGZ 50, 255; RGZ 147,377
3) Diese Klausel findet sich besonders häufig im Stahl- und Waggonbau, in der chem. und pharm. Industrie und in der Holzbe- und -verarbeitungsindustrie.
4) Brobowski S.98; Erman-Groepper § 326 Anm. 6 d
5) Soergel-Siebert-Schmidt § 326 Anm.19; RGZ 98, 123
6) Für den ähnlichen Fall, daß der Verzug schon einige Zeit dauerte, vgl. RG Recht 1919 Nr. 1766

Die antizipierte Festlegung einer minimalen Nachfrist bietet indes auch Vorteile. Durch sie wird eine für die Vertragsparteien vorhersehbare und klare Rechtslage geschaffen, die Streitigkeiten über die ‚Angemessenheit' der Nachfrist ausschließt. Dieser Umstand ist auch für den Käufer vorteilhaft. Hat der Lieferant eine nach Maßgabe der Klausel gestellte Nachfrist fruchtlos verstreichen lassen, so hat der Käufer eine starke Rechtsposition, wenn es doch Streit über die Angemessenheit der Fristverlängerung geben sollte. Die Klauseln im Stahl- und Waggonbau, in der chemischen, pharmazeutischen und Holzindustrie setzen überdies keine unzumutbar langen Nachfristen fest. Nachfristen von 4 oder 6 Wochen sind in Anbetracht der bedeutenden Warenwerte und der oft komplizierten Fertigungsmethoden in diesen Industriezweigen durchaus angemessen. In aller Regel werden daher Klauseln, die eine minimale Nachfrist festsetzen, wegen ihrer sachgemäßen und angemessenen Regelung zulässig sein.

III Die Verzugsautomatik des § 6 EB der Textilindustrie

Auf eine besondere Nachfristsetzung verzichtet auch § 6 I EB der Bekleidungsindustrie in der Fassung vom 1.1.1960, der darüberhinaus jedoch ganz spezielle Besonderheiten sowohl der gesetzlichen als auch der üblichen AGB-Regelung gegenüber aufweist.

> ‚Nach Ablauf der Lieferfrist wird ohne Erklärung eine Nachlieferungsfrist von der Dauer der Lieferfrist, längstens jedoch von 18 Tagen in Lauf gesetzt. Nach Ablauf der Nachlieferungsfrist gilt der Rücktritt vom Vertrag unter Ausschluß von Schadensersatzansprüchen als erfolgt, wenn nicht der Käufer innerhalb weiterer 14 Tage verlangt, daß der Vertrag erfüllt wird. Der Lieferant wird jedoch nach Ablauf der Lieferfrist von der Lieferverpflichtung frei, wenn er während der Nachlieferungsfrist oder nach deren Ablauf den Abnehmer zur Erklärung darüber auffordert, ob er Vertragserfüllung verlangt und dieser sich nicht unverzüglich äußert.'

1) Der Sinn der Bestimmung

Seinem Wortsinn nach ist § 6 Abs.I Satz 1 EB ohne weiteres klar. Hervorstechendes Merkmal dieser Klausel ist, daß nach Ablauf der Lieferfrist automatisch eine Nachfrist in Lauf gesetzt wird, nach deren Ablauf das Vertragsverhältnis aufgelöst ist, wenn nicht der Käufer innerhalb weiterer 14 Tage auf Erfüllung besteht. Diese an die Verzögerung einer Lieferung geknüpfte automatisch sich einstellende Rechtsfolge wird oft als ‚Verzugsautomatik' bezeichnet. Diese Bezeichnung, die recht anschaulich ist und deshalb in den folgenden Erörterungen auch verwandt werden soll, ist jedoch ungenau. § 6 I EB setzt nämlich keineswegs einen V e r z u g des Lieferanten voraus. Auch wenn aus vom Lieferanten völlig unverschuldeten Gründen während der Liefer- und Nachfrist die Leistung nicht erbracht werden kann, soll § 6 I das Vertragsverhältnis bestimmen.
Die Frage der Rechtsgültigkeit der Verzugsautomatik hat von dem rechtlichen Wesen dieser Regelung auszugehen.

2) Das rechtliche Wesen der Verzugsautomatik

Der Sinngehalt der Automatikklausel entspricht offenbar nicht der gesetzlichen Regelung in § 326 BGB. Schon aus § 6 II EB [1], der im wesentlichen dem § 326 entspricht, ergibt sich deutlich, daß die Regelung in Abs.I der Bestimmung etwas durchaus Verschiedenes sein muß.Der Gläubiger kann gemäß § 326 nur wirksam vom Vertrage zurücktreten, wenn drei Voraussetzungen gegeben sind: Der Schuldner muß in Verzug sein; der Gläubiger muß dem Schuldner eine Nachfrist mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne; schließlich hat der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der Frist dem Schuldner den Rücktritt zu erklären, § 349 BGB.

---

1) Diese Klausel lautet: Will der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen oder vom Vertrage zurücktreten, so muß er dem Verkäufer eine Nachlieferungsfrist von 4 Wochen setzen mit der Androhung, daß er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne.

Auf all diese Voraussetzungen verzichtet § 6 EB. Der Lieferant braucht nicht in Verzug zu sein, die Verzögerung der Leistung kann also auch auf vom Lieferanten nicht zu vertretenden Gründen beruhen. Einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf es nicht. Vielmehr wird nach der Automatikklausel ohne weiteres nach Ablauf der Lieferfrist eine Nachfrist in Lauf gesetzt. Schließlich ist auch eine Rücktrittserklärung des Gläubigers zur Wirksamkeit des Rücktritts nicht erforderlich. Der Vertrag wird automatisch nach Ablauf der Nachfrist aufgelöst.
Diese tiefgreifenden Unterschiede lassen die Verzugsautomatik gegenüber dem gesetzlichen Rücktrittsrecht nach § 326 BGB als etwas gänzlich Verschiedenes erscheinen.

a) Die Automatik als handelsrechtliches Fixgeschäft

Eine größere Verwandtschaft scheint jedoch zum handelsrechtlichen Fixgeschäft, § 376 HGB, zu bestehen. Gemeinsam ist den beiden Bestimmungen, daß der Käufer nach dem Ablauf einer gewissen Frist die Möglichkeit hat, das Vertragsverhältnis zur Auflösung zu bringen oder aber weiterhin auf Erfüllung zu bestehen.Diese Gemeinsamkeit ist jedoch im wesentlichen die einzige, die beide Regelungen aufzuweisen haben.
§ 6 I EB knüpft die automatische Vertragsauflösung nicht an die (allgemeine) Voraussetzung, daß das zugrundeliegende Geschäft ein Fixhandelskauf im Sinne des HGB ist. Bei einem Fixgeschäft muß die Erfüllungszeit in dem Sinne festgelegt sein, daß mit ihrer Erfüllung das Geschäft steht oder fällt[1]. Das Vertragsinteresse des Gläubigers muß sich ausschließlich auf eine r e c h t z e i t i g e Leistung konzentrieren[2]. Dieser Fixhandelscharakter wird bei § 6 EB nicht vereinbart. Die Vereinbarung des Fixcharakters kann sich aus der Natur des Geschäfts oder aus sonstigen Umständen ergeben. Die besonderen Umstände in der Textilindustrie sprechen nun aber gerade gegen die Vereinbarung von Fixgeschäften, denn hier kommen

1) RG in stRspr. RGZ 51,348; 106,158; Geßler.Hefermehl §376 Anm.4; v.Gierke, Julius S. 483
2) Würdinger in HGB-RGRK § 376 Anm. 1 a

relativ häufig langdauernde Lieferverzögerungen vor [1]. Gegen die Annahme eines Fixgeschäfts spricht weiterhin, daß in § 6 EB ausdrücklich Fixhandelsgeschäfte ausgeschlossen werden und daß nach § 376 HGB der Schuldner nach Ablauf der Frist den Rücktritt noch e r k l ä r e n muß [2]. Die Regelung in § 6 EB kann daher auch nicht mit dem handelsrechtlichen Fixgeschäft verglichen werden.

b) Zum terminierten Liefergeschäft

Die Verzugsautomatik unterscheidet sich in ihrem Wesen auch entscheidend von dem sogenannten terminierten Liefergeschäft[3], welches dem handelsrechtlichen Fixgeschäft nahekommt. Beim terminierten Liefergeschäft besteht noch ein erkennbar großes Interesse des Käufers an der rechtzeitigen Erfüllung. Dieses Geschäft zeichnet sich dadurch aus, daß zum Eintritt der Verzugsfolgen weder eine Mahnung noch eine Nachfrist erforderlich ist. Der Warengläubiger ist nach Ablauf der Lieferfrist ohne Mahnung und Nachfristsetzung berechtigt, die Ware zurückzuweisen und Schadensersatzansprüche geltend zu machen [4]. Die besonderen Kennzeichen der Verzugsautomatik, die durch bloßen Ablauf der Nachfrist bewirkte Umgestaltung [5] eines normalen Vertragsverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis, soweit der Käufer nicht innerhalb von 14 Tagen Erfüllung verlangt, fehlen hier.

c) Die Automatik als bedingtes Rücktrittsrecht des Verkäufers

Wie ist nun aber nach alledem die Verzugsautomatik rechtskonstruktiv zu bewerten ? Man könnte daran denken, daß sich der V e r k ä u f e r für den Fall, daß er auch innerhalb der

---

1) TSG Berlin, Thiesing Anh. 19
2) Würdinger in HGB-RGRK § 376 Anm. 11
3) vgl. Staub-Heinichen § 376 Anm. 1a; Würdinger in HGB-RGRK § 376 Anm. 7a
4) vgl. die speziellen Schrifttumsangaben bei Würdinger a.a.O.
5) Larenz I S.292 (a.A. die h.L., die im Rücktritt nicht eine Umgestaltung des Schuldverhältnisses sieht).

Nachfrist von längstens 18 Tagen nicht liefert, ein Rücktrittsrecht vorbehält. Dieses Rücktrittsrecht des Verkäufers wäre auflösend bedingt dadurch, daß der Käufer innerhalb weiterer 14 Tage Erfüllung verlangt. Die rechtskonstruktive Erfassung der Verzugsautomatik als bedingtes Rücktrittsrecht des Verkäufers würde indes voraussetzen, daß ein Rücktritt unter einer Bedingung zulässig ist und der Verkäufer überhaupt eine zur Wirksamkeit des Rücktritts nach § 349 BGB erforderliche Rücktrittserklärung abgibt.

Gestaltungsrechte wie Aufrechnung, Kündigung oder Rücktritt sind bedingungsfeindlich [1]. Dieser Satz gilt jedoch nur grundsätzlich. Die Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten folgt aus den schutzwürdigen Belangen des Vertragsgegners, der bei der Ausübung von Gestaltungsrechten wissen muß, wie sich die Rechtslage für die Zukunft gestalten soll [2]. Für diese Schutzbestrebung entfällt jedoch dann die Grundlage, wenn von der Vertragspartei, die das Gestaltungsrecht ausübt, die Rechtslage eindeutig festgelegt wird und es ausschließlich dem Ermessen des Vertrags g e g n e r s überlassen wird, eine nochmalige Änderung der Rechtslage herbeizuführen [3]. So liegt es bei der zu untersuchenden Konstruktionsmöglichkeit. Hier kann der Rücktrittsgegner (Käufer) durch Setzen der Bedingung (Erfüllungsverlangen) die Rechtslage verändern. Insoweit bestehen gegen die oben entwickelte Auffassung keine Bedenken.

Die Annahme eines bedingten Rücktrittsrechts des Verkäufers muß jedoch daran scheitern, daß § 6 I EB auf eine Rücktrittserklärung des Verkäufers verzichtet. Nach § 6 I Satz 2 wird der Vertrag automatisch nach Ablauf der Nachfrist aufgelöst. Eine ausdrückliche Rücktrittserklärung seitens des Verkäufers liegt demnach sicherlich nicht vor. Die nach § 349 BGB erforderliche Erklärung des Verkäufers könnte also höchstens in

---

1) BGB-RGRK-KUHN § 158 Anm. 11-13; Soergel-Siebert-Seydel § 158 Anm.8; Enn.-Nipperdey § 195 Anm. II 2 (die Bedingungsfeindlichkeit ist z.T. ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, vgl. §§ 388 II, 2180 BGB)
2) RGZ 66,154; 91, 108; OGHZ 3, 252
3) Enn.-Nipperdey § 196 II 2 b mit Anm. 12

einer Willenserklärung durch schlüssiges Schweigen gefunden werden [1]. Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer stillschweigenden Willenserklärung bestehen keine Bedenken. Hinsichtlich der konkret zu entscheidenden Frage, ob nämlich in dem stillschweigenden Verstreichenlassen der Nachfrist eine (stillschweigende) Rücktrittserklärung des Verkäufers zu erblicken ist, müßten jedoch die besonderen Voraussetzungen einer Willenserklärung durch schlüssiges Schweigen nachgewiesen werden. Grundsätzlich gelten dabei für die stillschweigenden Willenserklärungen dieselben Rechtsgrundsätze wie für die ausdrücklichen Willenserklärungen. Daher müßte, was den äußeren Tatbestand der Willenserklärung angeht [2], das Verstreichenlassen der Nachfrist nach der Verkehrssitte, nach besonderer Vereinbarung oder nach Treu und Glauben den Schluß darauf zulassen, daß der Verkäufer das Rücktrittsrecht ausübt. Dieser Schluß kann jedoch insbesondere mit Rücksicht auf § 6 I Satz 3 der EB nicht gezogen werden. Nach Satz 3 wird das Vertragsverhältnis aufgelöst, wenn der Lieferant den Käufer während der Nachlieferungsfrist oder nach deren Ablauf zur Erklärung darüber auffordert, ob er Vertragserfüllung verlangt und dieser sich nicht unverzüglich äußert. Danach wird es also in die Hand des Käufers gelegt, ob der Vertrag durchgeführt oder aufgelöst wird. Nach Satz 3 bewirkt die Unterlassung einer sofortigen Erklärung seitens des K ä u f e r s die Auflösung des Vertrages. Unter diesen Umständen verbietet der enge Sachzusammenhang zwischen Satz 2 und 3 des § 6 I EB, in dem Verstreichenlassen der Nachfrist eine Rücktrittserklärung des V e r k ä u f e r s zu erblicken. Vielmehr muß für den gesamten Absatz 1 des § 6 EB davon ausgegangen werden, daß jedenfalls nicht von der Seite des Verkäufers her ein stillschweigender Rücktritt durch Verstreichenlassen der Nachfrist erklärt wird. Dies wird insbesondere deutlich, wenn man sich vorstellt, der Verkäufer würde

---

1) Larenz S. 66; Lehmann S. 192 ff.
2) vgl. dazu Lehmann S.194; Larenz S.66; Krause S.4,10,127, 128; Enn.-Nipperdey § 153 III; Staudinger-Coing Vorbem. § 116 Anm. 3 f und Einl. § 104 Anm. 2f; Soergel-Siebert-Hefermehl Vor. § 116 Anm. 5

n a c h Ablauf der Nachlieferungsfrist den Käufer zu der Erklärung nach Satz 3 auffordern. Wollte man das Verstreichenlassen der Nachfrist als (stillschweigende) Rücktrittserklärung des Verkäufers werten, so wäre der Rücktritt nach Fristablauf gem. Satz 2 bereits erklärt. Andererseits würde nach Satz 3 aber auch der sich nicht unverzüglich äußernde Käufer die Auflösung des Vertrages bewirken. Dieses Ergebnis ist widersinnig. Es ist daher davon auszugehen, daß die Verzugsautomatik jedenfalls nicht als Rücktrittsrecht des Verkäufers angesehen werden kann.

d) Die Automatik als bedingtes Rücktrittsrecht des Käufers ?

Zu überlegen bleibt, ob die Verzugsautomatik in § 6 II 2 EB als bedingtes Rücktrittsrecht des Käufers bewertet werden kann. Der Rücktritt des Käufers nach Ablauf der Nachlieferungsfrist wäre dann auflösend bedingt dadurch, daß der Käufer binnen weiterer 14 Tage Erfüllung des Vertrages verlangte. Auch gegen diese Konstruktion ergeben sich indes Bedenken. Einmal spricht der oben [1] bereits angedeutete Grundsatz der Unzulässigkeit von Bedingungen im Zusammenhang mit Gestaltungsrechten (Rücktritt) gegen diese Auffassung. Tritt der Käufer zurück, so übt er das Gestaltungsrecht unter der auflösenden Bedingung aus, binnen 14 Tagen Erfüllung zu verlangen. Dies ist aber gerade der Fall, der nach allgemeiner Meinung nicht zulässig ist, weil Gestaltungsrechte die Rechtslage zu Gunsten des Vertragsgegners eindeutig und endgültig festlegen sollen [2].
Zum andern scheitert die Annahme eines Rücktritts des Käufers auch daran, daß § 6 Abs.L Satz 2 EB auf eine Rücktrittserklärung des Käufers verzichtet. In dem widerspruchslosen Verstreichenlassen der Nachlieferungsfrist könnte allenfalls eine Willenserklärung des Käufers durch schlüssiges Schweigen gefunden werden. Das Vorliegen des äußeren Tatbestandes

---

1) s.o. S. 109
2) s.o. S. 109; vgl. auch Lehmann S. 267

einer stillschweigenden Willenserklärung, der einen Schluß auf einen Rechtsfolgewillen des Käufers zulassen muß, könnte zwar bejaht werden, da auf Grund der zum Vertragsbestandteil gewordenen AGB-Klausel der widerspruchslose Zeitablauf den Erklärungswert einer Rücktrittserklärung haben würde. Zur Wirksamkeit einer Willenserklärung durch schlüssiges Schweigen gehört jedoch auch der innere Tatbestand einer jeden Willenserklärung, nämlich Handlungswille, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille [1]. Von diesen drei Merkmalen sind Handlungswille und Erklärungsbewußtsein [2] unentbehrliche Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Willenserklärung.

In vielen Fällen wird nun aber gerade das die Annahme einer Willenserklärung erst begründende Moment des Erklärungsbewußtseins bei dem Käufer fehlen. Unter dem Erklärungsbewußtsein versteht man das Bewußtsein des Erklärenden, eine irgendwie für den Rechtsverkehr erhebliche Erklärung abzugeben. Bei dem Verstreichenlassen einer Frist von einigen Wochen nach Fälligkeit seines Lieferungsanspruchs wird der Käufer oft nicht das Bewußtsein haben, eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgendwelchen Inhalts zu machen. Ihm fehlt dann das Erklärungsbewußtsein, so daß eine Rücktrittserklärung gar nicht vorläge. Wollte man daher den nach spätestens 18 Tagen Nachfrist erfolgenden Auflösungstatbestand als Rücktritt des Käufers ansehen, so wäre in all den Fällen das Vertragsverhältnis nicht durch Rücktritt umgestaltet, in denen der Käufer die Klausel nicht genau kannte und daher kein Erklärungsbewußtsein hinsichtlich des Verstreichenlassens der Fristen hatte. Gerade diese nur von Fall zu Fall eintretende Umgestaltung in ein Rückgewährsschuldverhältnis will indessen der Verkäufer erkennbar nach Wortlaut und Interessenlage der Klausel nicht.

---

1) hierzu Lehmann S. 133 ff.

2) Ob das Erklärungsbewußtsein unentbehrlicher Bestandteil einer jeden Willenserklärung ist, ist bestritten; die h.M. verlangt zu Recht Erklärungsbewußtsein: Lehmann S.243,244; Staudinger-Coing Vorbem. § 116 Anm.1; BGB-RGRK-Krüger-Nieland Vor. § 116 Anm. 1; Enn.-Nipperdey § 167 II 2 und 145 II A 4; a.A. Soergel-Siebert-Hefermehl Vor § 116 Anm. 4; Manigk S. 209; BGH NJW 53,58 läßt Frage offen; vgl.auch Esser S. 20

Nach Ablauf der Nachfrist soll vielmehr i n j e d e m F a l l das Vertragsverhältnis umgestaltet sein, ohne daß es darauf ankommt, daß der Käufer mit dem widerspruchslosen Verstreichenlassen der Frist einen irgendwie gearteten rechtsgeschäftlichen Erklärungswert verbindet.
Nach alledem wird die Konstruktion eines Rücktrittsrechts durch stillschweigende Willenserklärung den erkennbaren Interessenverfolgungen der Vertragsparteien nicht gerecht.

e) Die Automatik als Bedingung

Bei der Prüfung, wie nach alledem die Verzugsautomatik des § 6 I 2 EB aufzufassen ist, kann die Frage der rechtskonstruktiven Erfassung des Satz 3 des § 6 I EB außer Betracht bleiben. Satz 3 stellt gegenüber der Verzugsautomatik des Satz 2 des § 6 I EB eine von Satz 2 unabhängige Spezialregelung dar. Liegt der Tatbestand des Satz 3 vor, kann die Verzugsautomatik gar nicht mehr Platz greifen, da entweder das Vertragsverhältnis schon dadurch aufgelöst ist, daß der Käufer sich nicht unverzüglich erklärt hat oder aber der Vertrag bestehen bleibt, weil der Käufer Erfüllung verlangt hat.
Nach Prüfung der in den vorigen Punkten (a - d) behandelten Möglichkeiten erscheint es am sachgerechtesten, die Verzugsautomatik als Bedingung rechtlich zu qualifizieren.
Jeder zu den EB abgeschlossene Vertrag steht unter der auflösenden Bedingung, daß der Käufer es unterläßt (§ 6 I S.2 EB), innerhalb von 14 Tagen nach Ablauf der Nachlieferungsfrist Erfüllung zu verlangen. Jedes Geschäft, das inhaltlich von den EB bestimmt wird, ist bei seinem Abschluß zunächst wirksam zustande gekommen. Die nach Ablauf der Lieferfrist automatisch eintretende Nachfrist läßt die Wirksamkeit des Geschäfts unberührt. Diese Nachfrist hat rechtlich keine besondere Bedeutung, da weder ihr Beginn verzugsbegründend wirkt noch ihr Ablauf die Geltendmachung der gesetzlichen Rechte nach § 326 BGB zuläßt. In ihr wird man lediglich eine Respektfrist zu sehen haben, während derer Rechte aus der verzögerten Lieferung nicht geltend gemacht werden können. Nach ihrem Ablauf beginnt nunmehr der Lauf

einer weiteren 14-tägigen Frist, innerhalb derer der Käufer, will er den Vertrag aufrecht erhalten, Erfüllung verlangen muß. Unterläßt er eine solche Erklärung, ist der Vertrag aufgelöst. Die unterlassene Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs innerhalb der 14-tägigen Frist ist demnach die auflösende Bedingung eines jeden Vertrages, dessen Inhalt durch die EB bestimmt wird. Daß auch die Unterlassung einer Handlung eine Bedingung i.S. des § 158 bedeuten kann, ist allgemein anerkannt [1]. Unstreitig ist auch, daß sich eine Bedingung auf das Wollen des Berechtigten (hier des Käufers in Bezug auf den Lieferungsanspruch) beziehen kann (Potestativbedingung). [2] Durch die rechtstheoretische Erfassung des § 6 I S.2 EB als Bedingung wird erreicht, daß es auf das Wissen des Käufers über die Bedeutung des Fristablaufs nicht ankommt.

3) Die Zulässigkeit der Automatikklausel

Die Prüfung der Rechtsgültigkeit der Verzugsautomatik hat, unabhängig von der rechtskonstruktiven Erfassung der Automatik, zu klären, welche dem Käufer nach der gesetzlichen Regelung zustehende Rechtsposition zu seinen Ungunsten verändert wird. Gemäß § 326 BGB hat der Käufer das Recht des Rücktritts[3] grundsätzlich nur nach Ablauf einer von ihm gesetzten angemessenen Nachfrist. Daß in der Klausel die Nachfrist jeweils fest bestimmt ist -Dauer der Nachlieferungsfrist längstens 18 Tage-, belastet den Käufer nicht unbillig. Die Höchstdauer der Nachfrist von 18 Tagen ist bei Berücksichtigung der Verhältnisse in der Textilwirtschaft nicht zu lang und stellt sowohl für den Verkäufer wie auch für den Käufer in ihrer festen Begrenzung eine sichere, von vornherein feststehende und damit für beide Teile vernünftige Regelung dar. Auch der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung in der Automatikklausel benachteiligt den Käufer nicht un-

---

1) Lehmann S.266; Enn.-Nipperdey § 194 IV 1
2) Enn.-Nipperdey § 194 IV 2; RGZ 67,45; 69,283; 72,385
3) Obwohl die Automatik als Bedingung aufgefaßt wird, ist sie doch mit dem Rücktrittsrecht des § 326 zu vergleichen,denn nach ihrer ganzen Anlage will die Klausel ganz offensichtlich eine Abweichung von der Regelung in § 326 darstellen.

billig. § 6 II EB [1] eröffnet dem Käufer zumindest die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Diese Klausel bedeutet allerdings nur einen schwachen Trost für den Käufer, denn § 6 II EB greift nur in den Fällen ein, in denen der Käufer weiß, daß das stillschweigende Verstreichenlassen der 14-tägigen Frist (Satz 2 von § 6 I EB) das Vertragsverhältnis endgültig auflöst. Gerade aber in den häufigen Fällen, in denen der Käufer die Verzugsautomatik nicht kennt, sind ihm nach § 6 II EB auch Schadensersatzansprüche abgeschnitten. Hierin liegt die große Gefahr der Verzugsautomatik, daß der Käufer, ohne es zu wissen, aus dem Vertragsverhältnis gestoßen werden kann. Nach der Klausel soll es für die Auflösung des Vertrages nach Ablauf der Nachfrist zuzüglich weiterer 14 Tage nicht bedeutsam sein, ob der Käufer die rechtliche Möglichkeit, den Vertrag aufrechtzuerhalten, kennt. Auch wenn der Käufer um die Bedeutung des widerspruchslosen Verstreichenlassens der 14-tägigen Frist nicht weiß, ist der Vertrag nach Fristablauf aufgelöst. Diese Rechtsfolge der AGB-Abrede muß zu ihrer Unwirksamkeit führen. In sehr vielen Fällen werden die Käufer die ‚verklauselierte' Bestimmung des § 6 I EB weder kennen noch in der Lage sein, sie in ihrer Bedeutung zu erfassen. Eine Lieferfristverzögerung des Verkäufers, die nach der gesetzlichen Regelung nur für den Käufer günstige Rechtsfolgen auslösen kann, wird in der Automatikklausel zu einem Tatbestand gemacht, der in vielen Einzelfällen zu einer für den Käufer ungünstigen Rechtsfolge führen kann, nämlich ohne Wissen nach Ablauf der Fristen vertragslos gestellt zu werden. Insofern stellt die Automatikklausel eine Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten Interessenlage dar. Letztlich wird durch die Verzugsautomatik ein bedingter Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer geschlossen, wobei dem Käufer die Bedingung i.a.R. nicht erkennbar wird. Die Verzugsautomatik muß aus diesen Gründen als unzulässig angesehen werden.

---

1) § 6 II EB lautet: Will der Käufer Sch.w.N. beanspruchen o. vom Vertrage zurücktreten, so muß er dem Verk. eine Nachlieferungsfrist von 4 Wochen setzen mit der Androhung, daß er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne.

§ 14 Einzelne besondere Verzugsklauseln

In den Wirtschaftszweigen der Papiererzeugung- und verarbeitung, des Druckereigewerbes, der Gummi- und Asbestverarbeitung und der Textil- und Bekleidungsindustrie finden sich bei sehr vielen Firmen AGB des Wortlauts:

> ‚Mehr- oder Minderlieferungen bis zu 10 % sind zulässig.'

Mit dieser Klausel schließen die Lieferanten im Falle einer Zuweniglieferung bis zu 10 % der Gesamtmenge überhaupt einen Verzugseintritt aus. Die Klausel erklärt sich aus der besonderen Natur der Wirtschaftszweige, in denen nach dem Stande der heutigen Technik Mehr- oder Minderlieferungen vorkommen können.

In der Papiererzeugung- und verarbeitung, in der Textil- und Bekleidungsindustrie wird es z.B. meist technisch nicht möglich sein, eine bestimmte Menge Tuch oder Papier mit individuell gewünschtem Druck auf den bestellten Meter genau zu produzieren. So lassen sich auch modernste Maschinen nicht einstellen, zumal bei jeder Produktion mit Ausschuß zu rechnen ist, der als variable Komponente bei Beginn des Herstellungsprozesses nie genau vorausbestimmt werden kann. Das Interesse des Lieferanten, eine gewisse Übermenge von Stoff oder Papier, das nach individuellen Wünschen hergestellt worden ist und daher nur äußerst schwer anderweitig abgesetzt werden kann, an den Besteller der Hauptmenge auszuliefern, liegt demnach auf der Hand. Ein gleiches sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht auch, wenn die bestellte Menge nicht ganz hergestellt werden konnte (z.B. hoher Ausschuß). Für den Lieferanten wäre es sehr kostspielig, wegen einer geringfügigen, noch offenstehenden Menge, seine auf hohe Produktionsziffern ausgerichteten Maschinen nach den bestellten Druckmustern laufen zu lassen. Die Klausel stellt sich i.ü. nicht als ein Problem des Verzuges, sondern als Problem der Bestimmung des Leistungsgegenstandes dar, denn die Abrede ist so auszulegen, daß die geschuldete Leistung des Lieferanten von vornherein auf die Abschlußmenge $\pm$ 10 % geht. Wird also 10 % zu wenig geliefert, so soll nach der Klausel voll erfüllt sein. Die Klausel schafft

damit eine Sonderregelung gegenüber § 378 HGB. Nach § 378 HGB bedeutet jede Zuweniglieferung eine nicht ordnungsgemäße Leistung, die vom Käufer gerügt werden muß, wenn er sich seine Ansprüche aus der mangelhaften Lieferung erhalten will. Da der Verkäufer nach der Klausel bei Mehr- oder Minderlieferungen bis zu 10 % stets voll erfüllt hat, entfällt auch die Rügepflicht des Käufers. Die Klausel ist ohne weiteres zulässig, denn sie ist infolge der technischen Besonderheiten bei der Produktion sachlich gerechtfertigt und beschwert den Kunden nicht unzumutbar.

Eine bemerkenswerte Klausel findet sich in der Lederindustrie, die im allgemeinen recht billige AGB verwendet. Nach dieser Klausel darf der Käufer weder eine Nachfrist stellen noch einen Deckungskauf vornehmen, es bedarf vielmehr wegen der Lieferung des Rückstandes der gütlichen Einigung.
Die Bestimmung, daß der Käufer keinen Deckungskauf [1] vornehmen darf, besagt kein Verbot des Deckungskaufs schlechthin, denn einen solchen darf der Käufer sogar vor Ablauf der Lieferfrist tätigen, wenn dies auch auf seine Gefahr geschieht [2]. Hierdurch würden die Belange des Lieferanten nicht berührt. Für den Lieferanten wird ein vom Käufer getätigter Deckungskauf erst relevant, wenn dieser einer (konkreten) Schadensberechnung zu Grunde gelegt wird. Der Gläubiger der Sachleistung hat gegen den Schuldner, wenn die Voraussetzungen des § 326 gegeben sind, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der ersatzverpflichtete Schuldner muß den Gläubiger in diejenige Vermögenslage versetzen, in der sich dieser befinden würde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre [3]. Benötigt der Gläubiger die beim Schuldner bestellten und verzögerten Waren dringend in seinem Geschäftsbetrieb, so wird sein Interesse dahin gehen, die Waren von irgendeinem anderen Lieferanten zu beziehen. Hierbei wird es sich oft nicht vermeiden lassen, einen höheren Preis anzulegen. Diesen Mehrpreis kann der Käufer dem Verkäufer als

---

1) BGB-RGRK-Wilde § 325 Anm. 10
2) BGB-RGRK-Wilde § 325 Anm. 10
3) Larenz I S. 151

Schadensersatz wegen Nichterfüllung ersetzt verlangen. Die Mehraufwendungen für die Beschaffung der Ware versetzen den Käufer erst in diejenige Vermögenslage, in der er sich befinden würde, wenn der Verkäufer gehörig erfüllt hätte. Der Verkäufer will mit der behandelten Klausel demnach einen Schadensersatzanspruch des Käufers ausschließen, der sich auf den preislichen Unterschied zwischen dem Abschlußpreis des Vertrages Lieferant - Käufer und dem Preis des Deckungskaufs gründet.

Die Klausel verbietet jedoch nicht nur die Vornahme eines Deckungskaufs, sondern auch die Stellung einer Nachfrist. Da es sich im Geschäftsverkehr i.d.R. um gegenseitige Verträge i.S. der §§ 320 ff. BGB handelt, kann der Gläubiger eines in Verzug geratenen Schuldners stets nur unter den Voraussetzungen des § 326 BGB vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Rücktritts- und Schadensersatzrechte stehen dem Gläubiger nach § 326 indes nur zu, wenn er dem Schuldner nach Verzugseintritt eine Nachfrist zur Bewirkung der Leistung gesetzt hat.
Indem die Klausel zu Gunsten des Lieferanten die Stellung einer Nachfrist ausschließt, versagt sie dem Käufer jedwede Rücktritts- und Schadensersatzrechte. Der Käufer wird demnach durch diese Klausel völlig entrechtet. Der Hinweis auf eine‚gütliche' Einigung zwischen Lieferant und Käufer vermag zu keiner anderen Betrachtungsweise zu führen. In jedem Fall wäre der Käufer der Willkür des Lieferanten hinsichtlich der Gestaltung des zukünftigen Vertragsverhältnisses ausgesetzt. Eine solche Regelung verträgt sich nicht mit den in der gesetzlichen Dispositivregelung zu Tage tretenden Gerechtigkeitsvorstellungen. Der Klausel muß daher die Rechtsgültigkeit versagt werden.

Im Stahl- und Waggonbau findet sich recht häufig die Klausel, nach der der Verkäufer nicht in Verzug kommt, wenn der Käufer irgendwelche Vereinbarungen nicht eingehalten hat.
Die Klausel bedeutet, daß der Verkäufer so lange nicht in Verzug kommt,bis der Käufer kleine und kleinste Verpflichtungen nicht erfüllt.
Nach der gesetzlichen Regelung kommt ein Schuldner mit einer

an sich fälligen Leistung dann nicht in Verzug, wenn ihm ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 zusteht, oder er die Einrede des nichterfüllten Vertrages erhebt [1]. Nun könnte im Hinblick auf die Klausel daran gedacht werden, daß jedwedes Nichteinhalten von getroffenen Vereinbarungen dem Verkäufer einen klageweise durchsetzbaren Anspruch gibt und bezüglich dieses Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 geltend gemacht werden könnte. Damit wäre in der Tat eine Voraussetzung des § 273, ein fälliger, gegen den Gläubiger gerichteter Anspruch gegeben. Auch die Frage desselben rechtlichen Verhältnisses [2] bereitet der Untersuchung keine Schwierigkeiten. Schon nach der engen Auslegung dieses Tatbestandsmerkmales wäre dies zu bejahen, rühren doch beide Ansprüche aus der gleichen vertraglichen Grundlage her. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist jedoch auch dann ausgeschlossen, wenn seine Geltendmachung nach den Umständen des Einzelfalles gegen Treu und Glauben verstoßen würde [3]. Ein solcher Verstoß wird insbesondere dann immer festzustellen sein, wenn eine hochwertige Leistung zwecks Durchsetzung eines verhältnismäßig geringfügigen Gegenanspruchs zurückgehalten wird [4].

Der Vergleich mit der zu untersuchenden Klausel zeigt nun, daß der Verkäufer für sich den Verzugseintritt hinsichtlich jedweder, noch so geringfügiger Nachlässigkeiten in der Vertragsentwicklung seitens des Käufers ausgeschlossen hat. Hierfür besteht kein schutzwürdiges Interesse, auch wenn man bedenkt, daß der Abnehmer sehr oft mit dem Lieferanten eine Stundung der Forderung vereinbart haben wird, die eine gewisse Gefährdung des Vermögens des Lieferanten bedeutet, indem dieser nämlich seine Leistung erbringt, ohne gleichzeitig die Gegenleistung zu erhalten. Die Stundungsabrede erkauft sich der Kunde meist jedoch durch Zahlung eines ordentlichen Teilzahlungszuschlags.[5] Im übrigen vermag die Vorleistung des Verkäufers keine

---

1) RGZ 68,32; Soergel-Siebert-Schmidt § 284 Anm.2; Enn.-Lehmann § 51 II 1; Larenz I S.26o
2) Soergel-Siebert-Schmidt § 273 Anm. 8
3) RGJW 35,505; RGZ 85,137; 137,354
4) RGJW 35,505
5) Clemm S.56,57

Rechtfertigung dafür herzugeben, daß jeder Verzugseintritt in Bezug auf spätere Lieferungen des Verkäufers ausgeschlossen ist, solange der Käufer irgendeine mehr oder weniger bedeutungslose Nebenvereinbarung nicht eingehalten hat. Ein so weites Sicherungsbedürfnis des Verkäufers ist nicht anzuerkennen. Dem Verkäufer kann es nach Treu und Glauben nur darauf ankommen, nicht vorleisten zu müssen, wenn die spätere Erfüllung des Vertrages durch den Käufer zweifelhaft ist. Um diese sachlich berechtigte Absicht zu verwirklichen, genügt es jedoch, daß der Verkäufer nur in den Fällen Verzugsansprüche gegen sich ausschließt, wenn der Käufer Vereinbarungen über die Z a h l u n g s w e i s e nicht eingehalten hat. Eine Nichtbeachtung irgendwelcher Nebenvereinbarungen vermag i.a.R. die wirtschaftliche Sicherung des Verkäufers nicht zu beeinträchtigen und erfordert keinen Ausschluß aller Verzugsansprüche des Käufers. Der Käufer bekommt nach der Klausel weder eine Karenzzeit zugebilligt, noch ist eine Mahnung an den Käufer, den Vertrag den Vereinbarungen gemäß zu erfüllen, erforderlich.
Die Klausel wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß sie wohl so auszulegen ist, daß nur bei schuldhaftem Nichtbeachten einer Vereinbarung der Klauselfall eintritt. Entscheidend ist, daß ein Sicherungsbedürfnis des Warenschuldners nur insoweit vorliegt, als der Abnehmer ganz wesentliche Pflichten, insbesondere die Zahlungspflicht, verletzt. Die Klausel wirkt sich noch einschränkender gegenüber dem Abnehmer aus, wenn der Verkäufer, wie es meist geschieht, auch hinsichtlich anderer Verträge , von jeder Verpflichtung ' entbunden sein will. Dies bedeutet, wenn ein Vergleich mit der gesetzlichen Regelung gezogen werden soll, daß sich der Lieferant wegen fehlender Konnexität ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht vorbehält [1], das -wie das gesetzliche des § 273- den Verzugseintritt hindert. In der Klausel wird desweiteren auf die dem Verkäufer nach der gesetzlichen Regelung zukommende Obliegenheit alsbaldiger Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht [2] verzichtet.

1) Larenz I S. 207
2) vgl. RGZ 77,438; RGJW 1911,486 Nr.4; RGLZ 1920,482 Nr.2; Soergel-Siebert-Schmidt § 284 Anm.2; BGB-RGRK-Nastelski § 284 Anm.9; Pal.-Danckelmann § 284 Anm.2; Esser S.337; unklar Enn.-Lehmann § 51 II 1

Nach alledem ist die Klausel unzulässig, weil sie übermäßig die Sicherheitsinteressen des Unternehmers auf Kosten des Abnehmers bevorzugt, ohne daß ein sachlich anerkennenswertes Interesse des Unternehmers die Beschränkung der dem Schuldner nach der gesetzlichen Regelung zustehenden Rechte erfordert.

Die Klausel: ‚Nachlieferungsverpflichtungen erlöschen für jede auslaufende Kollektion mit Jahresende'[1],

ist in ihrem Sinngehalt klar und eindeutig. Für auslaufende Kollektionen erlöschen die jeweils noch bestehenden Nachlieferungsverpflichtungen mit Jahresende. Da die Klausel auf eine Erklärung des Lieferanten verzichtet, ist die Klausel rechtskonstruktiv so aufzufassen, daß das Vertragsverhältnis nicht durch Rücktritt (§ 349 BGB), sondern durch Eintritt einer auflösenden Bedingung aufgelöst wird. Nachlieferungsverpflichtungen sind nach der Klausel auflösend bedingt dadurch, daß eine Kollektion ausläuft und die Lieferung bis zum Ende des Jahres, in dem die Kollektion eingestellt worden ist, nicht mehr erbracht wird. Die Klausel ist durch die Eigenart der verkauften Ware bedingt. Wenn eine Kollektion eingestellt wird, so läßt allein die Besinnung auf das wirtschaftliche Ertragsstreben des Unternehmers den Schluß zu, daß jene Kollektion aus der Mode gekommen ist und keine Käufer mehr finden wird. Der Unternehmer würde ohne diese Klausel schwer belastet, wenn er u.U. eine oder mehrere Maschinen auf Grund von i.a.R. unvernünftigen Nachlieferungswünschen seiner Abnehmer nach den alten Kollektionseinstellungen arbeiten lassen müßte.
Das Abweichen der AGB-Abrede von der gesetzlich vorgeschriebenen Rechtslage (Freiwerden von Lieferungsverpflichtungen nur bei Unmöglichkeit) ist in diesem Fall, insbesondere auch durch das Interesse des Abnehmers, sachlich gerechtfertigt.

§ 15 Der Zeitpunkt der Geltendmachung der Rechte des Lieferanten

Nachdem nunmehr geklärt ist, welche Voraussetzungen an ein Störungsereignis zu stellen sind, damit es zu Lieferfristver-

---

1) Die Klausel ist besonders häufig in der Textil- und Bekleidungsindustrie.

längerungen, Rücktrittsrechten oder Schadensersatzforderungen berechtigt, und auch das Ausmaß des zulässigen Ausschlusses von gesetzlichen Rechten des Käufers bei Verzug des Lieferanten festgelegt ist, bleibt zu prüfen, bis zu welchem Zeitpunkt der Lieferant die ihm zustehenden Rechte spätestens ausgeübt haben muß, damit er sich auf sie berufen kann. Keineswegs ginge es an, daß etwa der Verkäufer nach bereits erfolgter Fälligkeit seinen Käufer darüber im Unklaren ließe, ob dieser überhaupt noch mit Lieferung rechnen könne oder wann er eine verspätete Lieferung einplanen müsse. Die Käufer haben naturgemäß ein besonders starkes Interesse daran, daß, wenn sich die Lieferung ihrer gekauften Ware verzögert, sie umgehend Nachricht von Art und Umfang der Störung bekommen, um evtl. Deckungskäufe zu tätigen [1]. Dies Interesse ist insbesondere auch deshalb als erheblich zu bewerten, weil durch den Eintritt eines Störungsereignisses vor oder bei Fälligkeit der Leistung des Sachschuldners ein Schwebezustand entsteht. Sind diese beiden Komponenten nämlich gegeben, so hat der Lieferant i.a.R. drei Möglichkeiten, die Rechtslage für die Zukunft zu gestalten. Er kann unter Aufwendung größter Opfer den Käufer vielleicht sofort beliefern. Er kann eine angemessene Fristverlängerung für sich in Anspruch nehmen oder er kann zurücktreten. Dieser Schwebezustand muß so schnell wie möglich beseitigt werden. Treu und Glauben erfordern gebieterisch eine rasche Aufklärung des Sachgläubigers, damit er sich auf die veränderten Verhältnisse einstellen kann [2].

In vielen Fällen wird jedoch eine unverzügliche Mitteilung nach Eintritt des Störungsereignisses nicht möglich und auch dem Lieferanten nicht zuzumuten sein. Insbesondere in großen Betrieben wird ein Verzögerungsumstand z.B. Ausschußwerden eines wichtigen Arbeitsstücks, nicht sofort zur Kenntnis des verantwortlichen Leiters des Betriebes gelangen. Der verantwortliche Betriebsleiter oder Werkmeister wird vielleicht das

---

1) vgl. für die Textilindustrie, wobei diese Grundsätze jedoch allgemein gelten: OSchG Leipzig Thiesing Anh.3
2) Einhellige Meinung, Brobowski S. 98; Hub § 5 Anm. 1; RGZ 88, 143; RGLZ 1916, 565, 1563; RGLZ 1917, 267,417

Mißgeschick der Werksleitung nicht gleich melden, um einen Reparaturversuch zu unternehmen. Hat die Leitung des Betriebes dann Kenntnis erlangt, muß man ihr eine gewisse Frist zubilligen, um zu prüfen, ob sie am Vertrage festhalten oder sich lossagen will. Wie bemessen die Frist im Einzelfall sein muß, können nur die konkreten Umstände bestimmen. Der Unternehmer muß die Lage überblicken können, wobei andererseits nicht unbestimmte Zeit hindurch die Entwicklung der Verhältnisse abgewartet werden kann, um die Vorteile abzuschätzen, die ein Rücktritt vom Vertrage möglicherweise bietet [1].

Diese Grundsätze werden eingehalten, wenn der Verkäufer zunächst versucht zu liefern, dann aber die Unmöglichkeit dieses Unterfangens erkennt und den Rücktritt erklärt [2], denn es würde Treu und Glauben in grobem Maße widersprechen, wenn derjenige Lieferant, der den Versuch unternimmt, dem Leistungsverlangen seines Abnehmers doch noch gerecht zu werden, schlechter gestellt wird als derjenige, der -auf Kosten des Abnehmers- von vornherein kapituliert.
Meist wird in den AGB die Mitteilungspflicht des Veräußerers bei Eintreten und Erkennen eines Störungsereignisses erwähnt.

> ‚Bei Eintritt solcher Ereignisse (Störungsereignisse) hat der Lieferer dem Besteller baldmöglichst Mitteilung zu machen.'

Der durch Auslegung zu ermittelnde Sinngehalt des Ausdrucks 'baldmöglichst' wird den gerade aufgestellten Anforderungen an eine unverzügliche Mitteilung der Störung in ihrer Art und ihrem Umfange an den Käufer gerecht. Der Verkäufer soll den Käufer benachrichtigen, sobald ihm dies nach Erkennen des Störungsgrundes möglich ist.
Verhältnismäßig selten sind die Fälle, in denen sich der Lieferant in seinen AGB von der Anzeigepflicht irgendwelcher Lieferausfälle freizeichnet.

> 'Es besteht für den Lieferanten keine Anzeigepflicht für entstehende oder entstandene Lieferausfälle.' [3]

---

1) RGZ 88,145
2) RGLZ 1917,417; RG Recht 1917,173; RG Recht 1918,370
3) Die Klausel fand sich in der chem. und pharm. Industrie

Für eine solche Freizeichnung lassen sich keine billigenswerten sachlich gerechtfertigten Gründe finden. Die Benachrichtigung des Käufers von einem Störungsereignis bedeutet kein Offenbaren von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, zumal der Käufer den Lieferanten ohnehin im Wege eines Zivilprozesses zu einem substantiierten Nachweis der Unmöglichkeit rechtzeitiger Lieferung indirekt zwingen könnte. Die krasse Schmälerung der billigenswerten Belange des Abnehmers auf Mitteilung der betrieblichen Störung ist ein nicht gerechtfertigter Akt einseitiger Interessenverfolgung durch den Unternehmer. Der Klausel muß die Rechtsgültigkeit versagt werden.

4. Teil: Der Zahlungsverzug

Der Zahlungsverzug unterscheidet sich rechtsdogmatisch in keiner Beziehung vom Lieferverzug. Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen sind bei beiden Formen des einheitlich im BGB geregelten Verzuges dieselben. Aus diesem Grunde erübrigt sich eine nochmalige Darstellung der gesetzlichen Verzugsvorschriften.
In fast allen AGB-Formularen begegnet man Abreden, die sich mit dem Zahlungsverzug des Bestellers befassen. Beim Zahlungsverzug des Abnehmers gilt es für den Lieferanten, für sich selbst noch günstigere Vorteile auszubedingen, als sie ihm nach dem Gesetz ohnehin als Gläubiger eines in Verzug geratenen Geldschuldners zustehen.
Die Klauseln über den Zahlungsverzug regeln im wesentlichen nur die von dem Lieferanten an einen Zahlungsverzug des Bestellers geknüpften R e c h t s f o l g e n . Die Zeitspanne zwischen Vertragsschluß und Fälligkeitstermin kann nämlich unter dem Gesichtspunkt des Zahlungsverzuges außer Betracht bleiben, weil die Bestimmung des Fälligkeitstages -z.B. 2,3. oder 4 Wochen nach Vertragsschluß oder Rechnungsdatum- i.a.R.

nur von wirtschaftlichem und nicht rechtlichem Interesse ist. Insbesondere beim Zahlungsverzug fallen eine ganze Anzahl von immer wiederkehrenden Klauseln auf, die im Grunde überflüssig sind, weil durch sie nichts von der gesetzlichen Regelung Abweichendes vereinbart wird [1]. So finden sich z.B. immer wieder Klauseln, nach denen Zahlungsanweisungen, Schecks und Wechsel nur zahlungshalber und nicht an Erfüllungsstatt angenommen werden. Die Auslegungsregel des § 364 Abs.2 bestimmt diese Rechtsfolge ohnehin ausdrücklich, und zwar gilt der Grundsatz der Übernahme einer Verbindlichkeit im Zweifel als erfüllungshalber insbesondere bei Hingabe von Wechseln [2] und Schecks [3].

§ 16 Der Verzugseintritt

Wie das Interesse des Lieferanten beim Lieferverzug sich darauf konzentrierte, den Verzugseintritt durch Lieferfristverlängerungen etc. möglichst weit hinauszuschieben, so ist es beim Zahlungsverzug des Bestellers dem Lieferanten nur angenehm, wenn der Besteller sich möglichst schnell nach Fälligwerden der Forderung auch schon in Verzug befindet.
Nach Fälligkeit der Geldforderung des Lieferanten ist zum Verzugseintritt nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich eine Mahnung erforderlich, § 284.

I Verzugseintritt ohne Mahnung

Dem gegenüber kommen in fast allen Wirtschaftszweigen vereinzelt Klauseln des Inhalts vor:

> 'Im Falle des Überschreitens von Zahlungsfristen befindet sich der Käufer ohne weiteres in Verzug.'

Bei Geltung dieser Klausel kommt sonach der Besteller stets mit Fälligkeit der Kaufpreisschuld in Verzug. Diese für den Besteller mißliebige Rechtsfolge kann jedoch auch nach der gesetzlichen Regelung eintreten. Gem. § 284 II 1 kommt der

---

1) vgl. auch Clemm S. 14
2) RG Seuff Arch 72 Nr. 96
3) RGZ 78,142; RGJR 1926,Nr. 799; RGJW 1926,2074 Nr.1

Schuldner auch ohne Mahnung in Verzug, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Gesetzgeberischer Grund für das Absehen von der Erforderlichkeit liegt in diesen Fällen darin, daß der Schuldner auch ohne Mahnung genau weiß oder doch durch bloßen Blick auf den Kalender feststellen könnte und damit wissen müßte, daß die von ihm zu erbringende Leistung nunmehr voll-fällig ist. Jenen Zweck der eindeutigen Zahlungsaufforderung verfolgt in den Regelfällen nämlich gerade die Mahnung. Sie will den Schuldner davor schützen, unvorhergesehen und überraschend mit Verzugsansprüchen überzogen zu werden. Dieses Sicherheitsbedürfnis besteht in der kaufmännischen Geschäftswelt nicht so sehr. Ein ordentlicher Kaufmann kennt die Bedeutung eines ihm gewährten Zahlungsziels und wird allein aus Gründen der Kreditwürdigkeit Zahlungsziele stets einhalten. Kaufmännisch erfahrenen Personen ist demzufolge billigerweise zuzumuten, Zahlungsziele im Auge zu behalten und Fälligkeitstermine auch n a c h dem Kalender zu berechnen (anders § 284 II i), zumal das Gesetz in § 284 II 2 für den dort geregelten Fall den Schuldner den Leistungszeitpunkt auch nach dem Kalender berechnen läßt.

1) Vertragliches Absehen vom Mahnungserfordernis

Im übrigen ist anerkannt, daß auf das Erfordernis der Mahnung vertraglich verzichtet werden kann [1]. Daher wird der i.a.R. im geschäftlichen Leben erfahrene Abnehmer durch die Beseitigung des Erfordernisses der Mahnung durch AGB gegenüber der gesetzlichen Regelung nicht unbillig beschwert. Die Einsparung von Kosten und Arbeit für Mahnschreiben seitens des Lieferanten kann als Rationalisierungsmaßnahme für den Regelfall auch nicht mißbilligt werden.
Insofern daher die Klausel auf das Mahnungserfordernis für den Verzugseintritt verzichtet, kann sie für zulässig erklärt werden.

---

1) BGB-RGRK-Nastelski § 284 Anm. 32; Larenz S.258; Soergel-Siebert-Schmidt § 284 Anm.10; Esser S.338; Enn-Lehmann § 51 II 3

2) Das Vertretenmüssen der Verzögerung

Die Klausel gäbe jedoch zu Bedenken Anlaß, wenn sie von dem Erfordernis des Vertretenmüssens hinsichtlich nicht rechtzeitiger Zahlung absehen würde. Zwar hat der Schuldner bei Geld- wie bei Gattungsschulden [1] das Risiko einer, wenn auch unverschuldeten, dauernden oder vorübergehenden Zahlungsunfähigkeit stets zu tragen, §§ 279, 285 BGB [2]. Ansonsten gibt es nach dem BGB jedoch keine allgemeinen Zufallshaftung des Geldschuldners für jegliches zeitweiliges Leistungshindernis [3]. Die Klausel würde daher größten Bedenken begegnen, wenn sie den Schuldner schlechthin bei Überschreiten des Zahlungsziels in Verzug geraten ließe, ohne daß es darauf ankäme, ob der Schuldner die Verzögerung zu vertreten hätte. Die Rspr. würde auf dem Wege der bislang praktizierten inhaltswerten Auslegungsmethode [4] wahrscheinlich dahin gelangen, daß die Klausel nur auf das Erfordernis der Mahnung verzichten, i.ü. aber es bei den gesetzlichen Voraussetzungen des Verzuges belassen wolle, obgleich der BGH in einer neueren Entscheidung auf eine inhaltswertende Auslegung verzichtete und stattdessen die zu untersuchende Klausel an dem erstmals in der Rspr. herangezogenen Rechtsgültigkeitsmaßstab des § 315 BGB prüfte. Aber auch eine Auslegung, die sich auf die ihr zugewiesenen Aufgaben der Inhalts e r m i t t l u n g beschränkt, würde diesem Ergebnis folgen können. Wenn der Unternehmer in der Klausel formuliert: 'im Falle des Überschreitens von Zahlungsfristen befindet sich der Käufer o h n e w e i t e r e s in Verzug', so wird hierdurch ganz offensichtlich auf den Ausschluß der nach dem Gesetz grundsätzlich erforderlichen Mahnung hingewiesen. Nach der Klausel soll sich der Schuldner 'ohne weiteres' Handeln

---

1) Nach wohl h.M. ist die Geldschuld keine Gattungsschuld, Enn.-Lehmann § 11 III; Larenz S.140; Leonhard A S.111; Kreß, Allgem.Teil S.228; Tietze S.26; Pal.-Danckelmann § 245 Anm. 2; a.A. Lohmeyer S.62
2) Larenz S.259; Ballerstedt, Festschr. S. 268
3) Leonhard A S. 467; Enn.-Lehmann § 46 I 1; Larenz S.259
4) RGZ 117,102; 142,353; RGLZ 31,1268,1379; OGHZ 3,280; BGH JW 54,1033; Lange,S.50; BGH 22,90; vgl. aber BGH NJW 63,100

des Gläubigers mit Überschreitung der Zahlungsfrist in Verzug befinden. Daß dagegen die Überschreitung der Zahlungsfristen s t e t s zum Zahlungsverzug des Abnehmers führen soll, also auch, wenn die Verzögerung auf Umständen beruht, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, mag zwar als Auslegungsergebnis auch verwertbar sein, mit absoluter Deutlichkeit ergibt sich ein solcher Inhalt jedoch keineswegs aus der Klausel. Die Klausel ist daher wegen dieser Unklarheit nach dem anerkannten Satz 'gegen den Aussteller' auszulegen [1]. Wie schon ausgeführt [2], wird dieser Grundsatz dem Wesen der Auslegung voll gerecht und führt nicht zu einer unzulässigen Inhaltswertung.
Die Klausel verzichtet daher nur auf das Erfordernis der Mahnung und ist aus diesem Grunde für unzulässig zu erachten.

II Zahlungsfristen als Ausschlußfristen

Eine zunächst ähnlich anmutende Klausel fand sich bei einer Lieferfirma in der Glasindustrie:

> Auf den Rechnungen vermerkte Zahlungsfristen sind Ausschlußfristen, nach deren Ablauf ohne weiteres die Verzugsfolgen eintreten.'

Insoweit die Klausel lediglich auf das Mahnungserfordernis verzichtet, ist sie rechtsgültig. Die Klausel legt darüberhinaus jedoch den Verdacht nahe, daß durch den Begriff 'Ausschlußfristen' der Verzugseintritt von einem Vertretenmüssen des Abnehmers unabhängig gemacht wird. Die im BGB geregelten Ausschlußfristen betreffen in der Regel nur Gestaltungsrechte (vgl. z.B. §§ 121,124,8o1 I 1, 864, 977, 1002). Dem Begriff der Ausschlußfrist ist wesentlich, daß die Geltendmachung des Rechts nur innerhalb einer bestimmten Frist (Ausschlußfrist) möglich ist [3]. Das Recht ist von vornherein zeitlich begrenzt. Vergleicht man die zu untersuchende Klausel mit diesem Sinngehalt der Ausschlußfrist, so erscheint die Formulierung 'Zahlungsfristen sind Aus-

---

1) RGZ 117,107; 123,141; BGHZ 5,115; BGB BB 52,329; Nastelski DRiZ 55,214; Baumbach-Duden Anh.I zu § 343 Anm. 3 B
2) s.o.S. 48
3) Lehmann S. 345; Pal.-Danckelmann Überblick vor § 194 Anm.4a

schlußfristen...' nicht recht verständlich. Wo ist hier das Recht, das von der Ausschlußfrist zeitlich begrenzt wird ? Ein 'Recht' des Geldschuldners, während der Zahlungsfrist zahlen zu dürfen, wobei nach Verstreichenlassen der Frist das 'Recht' nicht mehr geltend gemacht werden kann, gibt es nicht. Der AGB-Aufsteller muß daher mit der Klausel 'Zahlungsfristen sind Ausschlußfristen' einen anderen, dem Begriff der Ausschlußfrist innewohnenden Sinngehalt verbunden haben. Der Ausschlußfrist ist,wie bereits angedeutet,wesentlich, daß allein die objektive Versäumnis der Frist entscheidend für einen Rechtsverlust ist. Das Gesetz hat im Gegensatz zur Regelung der Verjährung für die Präklusivfrist grundsätzlich keine Hemmung oder Unterbrechung anerkannt [1]. Das bedeutet, daß die Ausschlußfrist grundsätzlich auf das Merkmal einer, 'schuldhaft' gegen eigene Interessen verstoßenden Verzögerung verzichtet. Wenn ein AGB-Aufsteller daher in seinen Verzugsklauseln Zahlungsfristen als Ausschlußfristen bezeichnet, kann er damit nur den Sinn verbunden haben, daß allein die objektive Überschreitung der Zahlungsfrist den Eintritt des Zahlungsverzuges herbeiführt, ohne daß es darauf ankäme, ob der Käufer die Zahlungsverzögerung zu vertreten hätte, § 285 BGB. Dem Schuldner wird damit eine Haftung für Zufall auferlegt -man denke z.B. an eine schwere Erkrankung des Schuldners oder unverschuldete Unkenntnis der Anschrift des Gläubigers.

Diese scharfe Haftung des Schuldners ist durch kein besonderes schutzwürdiges Interesse des Gläubigers gerechtfertigt. Als Schuldner einer Geldschuld hat der Abnehmer für seine Zahlungsunfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt ohnehin einzustehen. Den Schuldner aber auch für Zufall haften zu lassen, entspringt einem übersteigerten Sicherungs- und Machtstreben des Unternehmers.

Die Klausel ist daher sachlich nicht gerechtfertigt und ist Ausdruck einseitiger Interessenverfolgung des Unternehmers. Sie ist unzulässig.

---

1) Staud-Coing Vorbem. § 194 Anm.3; BGB-RGRK-Johannsen Vorbem. § 194 Anm.7; Wendt AcP 92,171; Rutz AcP 101,435 ff.: es gibt allerdings Ausnahmen, z.B. §§ 124 II, 210,215 II, 477 II, 802,1002 BGB.

§ 17 Verzugszinsen

Beinahe selbstverständlich ist die Klausel, daß der Unternehmer im Falle des Zahlungsverzuges des Abnehmers Verzugszinsen fordern kann. Schon nach der gesetzlichen Regelung stehen ihm diese in Höhe von 4 % -wenn der Abnehmer nicht Kaufmann ist (§ 288 I BGB)- bzw. 5 % -bei beiderseitigem Handelsgeschäft (§ 352 I HGB)- der Gesamtschuld zu. In den Klauseln werden Verzugszinsen vereinbart, die sich in der Höhe von 1 - 4 % über Bundesbank- bzw. LZB - Diskontsatz bewegen. Wenn man bedenkt, daß sich in letzter Zeit der Bundesbankdiskontsatz um 3 % bewegte und sonach in den für den Abnehmer ungünstigsten Fällen 7 % Zinsen zu zahlen wären, so erscheint diese Höhe im Blick auf Bankzinsen für ungedeckte Kredite als nicht übertrieben. Zwar besteht kein genereller Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe der Bankzinsen [1]. Die Festsetzung einer Zinszahlungsverpflichtung in Höhe von -im ungünstigsten Fall- 4 % über Bundesbankdiskont ist jedoch schon unter dem Gesichtspunkt eines weitergehenden Verzugsschadens gerechtfertigt (§ 288 II BGB) [2]. Das Bestreben eines tüchtigen Kaufmanns wird es immer sein, in möglichst großem Umfang die eingehenden Zahlungen wieder zum Ankauf und Umschlag von Waren zu verwenden. Bleiben daher Zahlungen aus, so müßte der Lieferant zur Erreichung jenes Ziels Bankkredite in diesem Umfang in Anspruch nehmen und wäre hierfür selbstverständlich zinszahlungspflichtig.
In der Textilindustrie kommt nach § 8 V EB der dort geltende Zinssatz von 3 % über Bundesbankdiskont auch dem Abnehmer zugute, da er bei Früherzahlung Vorzinsen in gleicher Höhe beanspruchen kann.
Die Zinsklausel ist daher in allen untersuchten Wirtschaftszweigen rechtsgültig.

---

1) Pal.-Danckelmann § 288 Anm. 2
2) Clemm, Diss. S. 15; Wegner, Diss. S.66; Hub § 9 Anm. 2; Dietz, Diss. S. 30

§ 18 Die Fälligkeitsklausel

In nahezu allen AGB der untersuchten Wirtschaftszweige findet sich sinngemäß die Klausel:

> 'Alle unsere Forderungen (des Lieferers) werden sofort fällig, wenn die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten werden.'

Die Klausel ist in ihrem Wortlaut unzweideutig. Wenn der Abnehmer irgendwelche Zahlungsbedingungen nicht einhält, werden nach der Klausel sämtliche Forderungen fällig, die dem Lieferanten gegenüber dem Abnehmer zustehen. Das bedeutet, daß nicht nur die Forderung des Vertrages fällig wird, bzgl. dessen der Abnehmer die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten hat, sondern auch sämtliche anderen Forderungen, die der Lieferant aus sonstigen Verträgen gegen den Käufer hat. Da der Abnehmer offensichtlich weniger belastet wird, wenn nur die Forderung des Vertrages fällig wird, dessen Zahlungsbedingungen verletzt worden sind, soll zunächst diese -ebenfalls vorkommende- Regelung auf ihre Zulässigkeit hin untersucht werden. Dabei ist zweckmäßigerweise von einer sehr ähnlichen Klausel auszugehen, die der Unternehmer bei Abzahlungsgeschäften verwendet und die folgenden Wortlaut hat:

> ' Werden die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten, so wird die Restkaufpreisschuld sofort fällig.'

Der Vorteil, diese Klausel zuerst zu untersuchen, ergibt sich einmal aus der nahen Verwandtschaft beider Klauseln und zum anderen daraus, daß bei einem Abzahlungsgeschäft die Schutzvorschriften des Abzahlungsgesetzes gelten, die möglicherweise auf den ähnlich liegenden Fall, daß bei Verletzung von Zahlungsbedingungen eines normalen Vertrages die Restforderungen aus diesem Vertrage fällig werden, analog angewendet werden können. Die Ähnlichkeit beider Fälle folgt daraus, daß in beiden Klauseln der Käufer bei Verletzung von Zahlungsbedingungen verpflichtet wird, den Vertrag sofort restlos zu erfüllen.

Die Fälligkeitsklausel muß weiterhin im Hinblick auf § 4 Abzahlungsgesetz für Nicht- und Vollkaufleute getrennt untersucht werden, vgl. § 8 AbzG.

I Die Fälligkeitsklausel, wenn der Käufer kein Kaufmann ist

Die Klausel, die an jedwedes Nichteinhalten von Zahlungsbedingungen die sofortige Fälligkeit der Restkaufpreisschuld knüpft, verstößt ihrem Wortlaut nach ganz offensichtlich gegen § 4 II AbzG, nach dem die Restschuldfälligkeit nur für den Fall vereinbart werden kann, daß der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten in Verzug gerät und der Betrag, mit dessen Zahlung er in Verzug ist, mindestens 1/10 des Gesamtkaufpreises ausmacht.
Da § 4 II AbzG nach seinem ganzen Sinn ius cogens ist, ist die Klausel unzulässig [1]. Keineswegs ist es angängig, die Klausel entweder so auszulegen oder aber i n s o w e i t bestehen zu lassen, daß die Voraussetzungen des § 4 II AbzG gewahrt blieben [2]. Die Klauselformulierung 'Werden die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten, so wird die Restkaufpreisschuld sofort fällig'; kann nach den Auslegungsgrundsätzen für empfangsbedürftige Willenserklärungen und ihrer Abstellung auf den Empfängerhorizont des Käufers [3] für diesen nur den Sinngehalt haben, daß die Restkaufpreisschuld stets dann fällig wird, wenn irgendeine der vereinbarten Zahlungsbedingungen nicht eingehalten wird. Andere, der Vorschrift des § 4 II AbzG gleichkommende oder ähnelnde Voraussetzungen für ein Fälligwerden der Restschuld stellt die Klausel nach ihrem klaren und eindeutigen Wortlaut nicht auf. Damit ist die Klausel in ihrem gesamten Erklärungsinhalt unzulässig. Die Klausel insoweit rechtswirksam sein zu lassen, soweit die Voraussetzungen des § 4 II AbzG gewahrt bleiben [4], liefe auf eine unzulässige inhaltswertende Auslegung [5] hinaus. Entsprechend dem Wortlaut des § 4 II ist erst recht eine Klauselabrede unwirksam, nach der jedes vertragswidrige Verhalten des Schuldners die Fälligkeit der Restschuld bewirkt [6].

---

1) Meist wird die Klausel ohnehin nur bei Handelskäufen verwandt.
2) so Rühl S.251; Klauss AbzG § 4 Anm. 357; Clemm S.63
3) Palandt-Danckelmann § 133 Anm. 4b; Lehmann S.197
4) so Rühl S.251; Klauss AbzG § 4 Anm. 357
5) Raiser S. 469; Lukes Festschr. S. 472; Michel S.43; Lange S.50
6) so auch Rühl S. 253; Aubele AbzG § 4 Anm.15; a.A. Klauss AbzG § 4 Anm. 356

Wenn nun schon eine Klausel unwirksam ist, die an eine Verletzung der Zahlungspflicht die Fälligkeit der Restschuld knüpft, so muß dies erst recht gelten, wenn nicht nur die Restschuld, sondern alle laufenden Verpflichtungen fällig werden.
Die Klausel, die für Abzahlungsgeschäfte i.S. der §§ 1,8 AbzG bestimmt: 'Werden die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten, so wird die Restkaufpreisschuld sofort fällig' ist nach alledem unzulässig. Unzulässig ist ferner die noch weitergehende Klausel, daß nicht nur die Restschuld, sondern alle laufenden Verpflichtungen fällig werden.
Die weitere Frage ist nun, ob die Klausel rechtsgültig ist, wenn sie für Geschäfte, die dem AbzG nicht unterliegen und mit einem Nichtkaufmann abgeschlossen werden, vorschreibt:

> 'Werden die Zahlungsbedingungen eines Vertrages verletzt, so werden sämtliche Forderungen des Lieferanten aus diesem Vertrage fällig.'

Die Situation, die in dieser Klausel bewertet wird, könnte sich etwa ergeben, wenn ein Vertrag über mehrere Kaufgegenstände abgeschlossen wird, die zu verschiedenen Zeitpunkten geliefert werden sollen, wobei sich die dem Käufer zugebilligten Zahlungsfristen für die einzelnen Waren nach den jeweiligen Lieferzeitpunkten bestimmen.
Bei einem Kauf, der nicht unter das AbzG fällt, hat der Käufer grundsätzlich die Pflicht, bei Empfang der Gegenleistung auch seine eigene Leistung zu erbringen (§ 320 BGB). Die Gewährung von Zahlungsfristen ist demnach ein Entgegenkommen des Lieferanten, zu dem er nach der gesetzlichen Regelung (§ 320 BGB) nicht verpflichtet ist. Der Lieferant bedarf infolgedessen des Schutzes, wenn der Käufer selbst nach Ablauf der Zahlungsfrist noch nicht gezahlt hat. Selbstverständlich und ohne weiteres gerechtfertigt ist die Klauselbestimmung, daß mit Ablauf der Zahlungsfrist die betreffende Forderung fällig wird. Die Klausel ist jedoch auch insofern gerechtfertigt, als sie die Fälligkeit aller Forderungen aus dem Vertrag bestimmt, dessen Zahlungsbedingungen verletzt worden sind. Wenn der Käufer die Zahlungsfristen nicht einhält, muß dem Lieferanten gestattet

werden, die dem Käufer gewährte Vergünstigung, nämlich nicht Zug - um - Zug leisten zu müssen, zu widerrufen. Der Käufer wird hierdurch nicht unbillig beschwert. Einmal hat er selbst die Überschreitung der Zahlungsfrist zu vertreten, zum andern werden die Fälle recht selten sein, in denen aufgrund eines Vertrages mehrere, zu verschiedenen Zeitpunkten fälligwerdende Geldforderungen des Lieferanten bestehen. Auch Schutzgedanken des AbzG vermögen zu keinen anderen Betrachtungen zu führen. Zwar können die Schutzgedanken des AbzG auch auf Verträge angewandt werden, bei denen der Abnehmer Nichtkaufmann ist und keine Teilzahlungen vereinbart worden sind, denn für die Bewertung der Interessenlage durch das AbzG ist ja keineswegs nur maßgeblich, daß in der Form eines Ratenkaufs kontrahiert wird. Hinter dem AbzG steht in erster Linie der Schutzgedanke, daß der i.a.R. sozial und wirtschaftlich schwache Nichtkaufmann in seiner Eigenschaft als Käufer durch wirtschaftliche Machtgruppen nicht allzusehr ausgebeutet wird. Das Fälligwerden sämtlicher Zahlungs-ansprüche aus dem Vertrag, dessen Zahlungsbedingungen verletzt worden sind, ist jedoch auch unter dem Gesichtspunkt der Schutzgedanken des AbzG gerechtfertigt. Nach § 4 II AbzG wird die Restschuld des Käufers fällig, wenn er mit zwei aufeinanderfolgenden Raten, die mindestens 1/10 des Wertes der Kaufsache ausmachen müssen, in Verzug gerät. Voraussetzung des Fälligwerdens der Restschuld nach § 4 II AbzG ist daher -etwas allgemeiner ausgeführt-, daß der Käufer seine Zahlungsverpflichtungen in erheblicher Weise verletzt. In aller Regel wird nun aber die nichtpünktliche Bezahlung einer selbständigen Forderung eines einheitlichen Vertrages schwerer wiegen, als der Verzug mit 2 Raten bei einem Abzahlungsgeschäft. Der Betrag der verzögerten Leistung bei einem Nichtabzahlungsgeschäft wird nämlich in den meisten Fällen mehr betragen als 1/10 des Wertes der Kaufsache. Der Käufer wird demnach durch diese Form der Fälligkeitsklausel gegenüber der gesetzlichen Dispositivregelung (§ 32o) sowie im Hinblick auf die Schutzgedanken des AbzG nicht unbillig beschwert. Das Fälligwerden aller Forderungen aus dem Vertrag, dessen Zahlungsbedingungen verletzt worden sind,

ist durch ein anerkennenswertes Schutzbedürfnis des Verkäufers gerechtfertigt.
Bedenklich ist jedoch die Klausel, die an die Verletzung einer Zahlungsverpflichtung durch einen Nichtkaufmann die Fälligkeit sämtlicher Forderungen aus allen laufenden Verträgen knüpft. Durch das gleichzeitige Fälligwerden vielleicht vieler Verpflichtungen wird der meist wirtschaftlich schwache Abnehmer sehr hart getroffen. Für den Abnehmer ist die Situation, wie sie durch die Klausel geschaffen wird, sehr viel ernster als das Fälligwerden einer Restschuld bei einem Abzahlungskauf nach § 4 II AbzG. I.a.R. wird die Restschuld eines Vertrages bei weitem nicht die Höhe der Forderungen aus allen Verträgen erreichen. Wie schon ausgeführt, bedeutet der Verzugseintritt mit zwei aufeinanderfolgenden, insgesamt mindestens 1/10 des Kaufpreises ausmachenden Raten eine e r h e b l i c h e Verletzung der Zahlungsverpflichtung durch den Käufer. Gerade an dieser e r h e b l i c h e n Pflichtverletzung wird es aber fehlen, wenn der Käufer etwa die Bezahlung einer geringfügigen Schuld verzögert, und nunmehr die Fälligkeit aller, vielleicht bedeutend höherer Forderungen auf ihn zukommt. Dem Lieferanten kann auch nur dann ein sachlich anzuerkennendes Interesse an der Fälligkeit aller Forderungen zugesprochen werden, wenn der Käufer wirklich erheblich gegen seine Zahlungsverpflichtungen verstoßen hat. Nur dann ist nämlich die Besorgnis gerechtfertigt, daß die Forderungen des Lieferanten nicht befriedigt werden. Insbesondere mit Rücksicht auf den Schutzgedanken des § 4 II AbzG muß daher auch im Falle eines Nichtabzahlungskaufs eine e r h e b l i c h e Verletzung der Zahlungsverpflichtung des Käufers tatbestandliche Voraussetzung für das Fälligwerden sämtlicher Forderungen sein. Ein an jedwedes Einhalten von Zahlungs- oder sonstigen Vertragsbedingungen geknüpftes sofortiges Fälligwerden aller Forderungen muß als unzulässiger AGB-Bestandteil angesehen werden, da er im Vergleich mit der gesetzlichen Regelung die Belange des Käufers (Nichtkaufmann) in unbilliger und sachlich nicht gerechtfertigter Weise außer Acht läßt.

II Die Fälligkeitsklausel bei zweiseitigen Handelsgeschäften

Für Lieferanten, die ihrerseits auch nur wieder mit Vollkaufleuten abschließen, treffen diese Erwägungen nicht zu.

Auch für diesen Punkt sei zunächst wieder von der der Hauptklausel (s.o.S.130) ähnlichen Abrede ausgegangen, daß -für den Fall eines Ratenkaufs- bei Nichteinhalten von Zahlungsbedingungen der Restkaufpreis sofort fällig wird. § 4 II AbzG steht für den Fall des beiderseitigen Handelsgeschäfts der Abrede nicht entgegen, § 8 AbzG.
Dem 'Nichteinhalten von Zahlungsbedingungen' wird in der Klausel oft gleichgestellt 'das gerichtliche Vergleichsverfahren oder der Konkurs'. Für letztere Fälle bestimmen ohnehin die §§ 30 VglO und 65 KO die sofortige Fälligkeit der Restschuld.
Die Gleichstellung jener beiden Umstände mit dem 'Nichteinhalten von Zahlungsbedingungen' erscheint im kaufmännischen Verkehr zulässig [1]. Nicht zuletzt finden sich solche Abreden in unzähligen täglich abgeschlossenen gerichtlichen Abzahlungsvergleichen.
Abzulehnen wäre die Klausel nur wieder für den Fall, daß jedwede sonstige vertragliche Verletzung das sofortige Fälligwerden der Restschuld auslöst. Für eine solche Sicherung des Verkäufers besteht kein sachlichegerechtfertigtes Bedürfnis.

Die Rechtsgültigkeit der zu prüfenden Hauptklausel:

> 'Kommt der Käufer mit seinen Zahlungsverpflichtungen in Verzug, so werden sämtliche Forderungen aus allen laufenden Verträgen fällig'

ist mit der Bejahung der Zulässigkeit jener Abrede jedoch noch nicht entschieden. Die bloße Fälligkeit einer Restschuld aus e i n e m Vertrag wird i.a.R. den Abnehmer weniger belasten als das Fälligwerden von u.U. langfristigen und hohen Zahlungsverpflichtungen.
Gleichwohl wird der Abnehmer im Normalfall durch die Klausel

---

1) Clemm S. 56

nicht in seinem unter allen Umständen zu schützenden Interessenkreis betroffen. Im Normalfall wird der Abnehmer als ordentlicher Kaufmann, der im Geschäftsleben kreditwürdig erscheinen will, ohnehin seine Rechnungen pünktlich bezahlen. Wird aber einmal eine Zahlungsfrist überschritten, so ist in den meisten AGB zum Verzugseintritt doch noch eine besondere Mahnung erforderlich [1]. Der Abnehmer kann daher in diesen Fällen nicht ü b e r r a s c h e n d mit den unliebsamen Verzugsfolgen bedrängt werden. Ist er nunmehr allerdings nicht mehr in der Lage zu zahlen, so wird seine nicht rechtzeitige Zahlung i.a.R. nicht auf Vergesslichkeit, sondern auf Zahlungsunfähigkeit zurückzuführen sein. Dann aber rückt der Käufer in unmittelbare Nähe derjenigen Schuldner, über deren Vermögen ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet ist, wobei schon nach der gesetzlichen Regelung, §§ 30 VglO, 65 KO betagte Forderungen als fällig gelten. Für jene Fälle befürwortet also bereits die gesetzliche Regelung einen starken Schutz des Gläubigers. Über den zahlungspflichtigen Käufer können bei Geltung dieser Klausel eigentlich auch nur dann ausgesprochen unbillige Folgen hereinbrechen, wenn der Lieferant in seinen AGB für den Eintritt des Verzuges das (gesetzliche) Erfordernis der Mahnung ausschließt. Dann ist es sehr leicht möglich, daß ein gutwilliger und zahlungsfähiger Schuldner aus Vergeßlichkeit pünktliche Zahlung versäumt und mit den künftig erst fällig werdenden Forderungen überrascht wird, mit deren Begleichung er zu diesem Zeitpunkt nicht zu rechnen brauchte.
In dem Zusammenspiel der beiden Klauseln -Fälligkeitsklausel und Mahnungsausschluß- steckt daher für den Käufer ein Risiko, was ihm billigerweise nicht zugemutet werden kann [2]. Auch kann der Lieferant kein sachliches Argument für die Häufung von Freizeichnungen gegenüber der gesetzlichen Regelung ins Feld führen. Seinen schutzwürdigen Belangen ist bei weitem Genüge getan, wenn nach einer fruchtlos gebliebenen Mahnung die Forderungen aus sämtlichen Verträgen fällig werden. Für diesen Fall ist die

---

1) Dem stehen die Fälle des § 284 II BGB gleich.
2) vgl. Wegner S. 67

Klausel allerdings auch als rechtsgültig zu betrachten, da sie einen gutwilligen und zahlungsfähigen Schuldner i.a.R. nicht in Bedrängnis zu bringen geeignet ist, und auf der anderen Seite bei einem zahlungsschwachen Schuldner das Gesetz selbst den Schutz des Gläubigers hoch bewertet (vgl. § 30 Vgl0).

> Bedenken kann die Klausel daher nur noch für den Fall erwecken, wenn sich etwa der Käufer bei Fälligwerden der Forderung in einer a u g e n b l i c k l i c h e n Geldschwierigkeit befindet. Hier kann das Fälligwerden aller Forderungen den wirtschaftlichen Ruin des Schuldners herbeiführen. Zu hoch darf dieser Fall jedoch nicht bewertet werden, da i. a.R. ein sich wirklich nur in augenblicklicher Geldverlegenheit befindlicher Schuldner noch genügend Kreditwürdigkeit genießen wird, um sich das Geld zur Bezahlung der fälligen Schuld zu beschaffen.

§ 19 Die 'Rücknahmeklausel'

Mit der gerade behandelten'Fälligkeitsklausel' wird in den AGB recht oft eine 'Rücknahmeklausel' gekoppelt:

> 'Zahlungsverzug berechtigt den Lieferanten zum Rücktritt von nicht ausgeführten Lieferverpflichtungen. Außerdem kann der Lieferant Rückgabe der Ware verlangen.'

Auch bei der Prüfung dieser Klausel muß im Hinblick auf die §§ 3 und 5 AbzG eine getrennte Behandlung von Verträgen, die zwischen Voll- und Nichtkaufleuten (bei Abzahlungsgeschäften) geschlossen werden, erfolgen.

I Die Rücknahmeklausel in zweiseitigen Handelsgeschäften

Wird die Klausel in Wirtschaftszweigen verwandt, in denen der Abnehmer der Ware ein im Handelsregister eingetragener Kaufmann ist, so begegnet die Klausel keinen Bedenken, denn sie entspricht der gesetzlichen Regelung in § 455 BGB. In nahezu allen Fällen behält sich ein Verkäufer, der vorleistet (§ 320), das

Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vor (§ 455).
§ 455 behandelt als Rechtsfolge zwar nur den Rücktritt. Verlangt der Lieferant jedoch bloß 'Rückgabe' -unter Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses-, so bedeutet dies in der Regel für den Käufer eine weniger beeinträchtigende Rechtsfolge. Die 'Rückgabe' der Kaufsache läßt den Lieferungsanspruch des Käufers unberührt, wenn auch der Käufer mit Geltendmachung des Lieferungsanspruchs gleichzeitig die Gegenleistung anbieten muß (§ 320). Der Käufer gerät auch nicht in die Gefahr, den Besitz der Sache endgültig zu verlieren und den Kaufpreis dennoch zahlen zu müssen. Einem Zahlungsanspruch könnte der Käufer die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegensetzen, so daß er gem. § 322 BGB nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt würde. Hinzu kommt, daß der unter Eigentumsvorbehalt liefernde Verkäufer nach der gesetzlichen Regelung bei Zahlungsverzug des Käufers ohnehin gem. § 985 BGB die Rückgabe der Kaufsache verlangen könnte, ohne vom Vertrag zurücktreten zu müssen. Der Erfüllungsanspruch des Käufers aus dem Kaufvertrag würde diesem kein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB geben [1]. Dies folgt allein schon aus § 455 BGB, der dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht zubilligt, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Bei Zahlungsverzug soll also schon nach der gesetzlichen Regelung der Käufer kein Recht zum Besitz an der Sache mehr haben, wenn der Verkäufer sich zum Rücktritt vom Vertrag entschließt. Dies muß auch gelten, wenn der Käufer lediglich Rückgabe der Kaufsache verlangt, da -wie soeben ausgeführt- zwischen Rücktritt vom Vertrage und Rückgabeverlangen kein den Käufer unangemessenen benachteiligender Unterschied besteht. Im übrigen widerspräche es Treu und Glauben in höhem Maße, wenn der sich in Zahlungsverzug befindliche Käufer dem Verkäufer, der Rückgabe der Kaufsache verlangt, ein Recht zum Besitz entgegensetzen könnte. Der Verkäufer hat ohnedies auf die ihm nach dem Gesetz zustehende Zug - um - Zug-Erfüllung verzichtet. Seine Sicherheitsinteressen fordern dringend die

---

1) Enn.-Lehmann § 118 B III 2b; RGZ 144,65; BGHSt 1955,638; Staudinger-Ostler § 455 Anm.44,55 mit zahlreichen Hinweisen.

Rückgabe der -vorgeleisteten- Kaufsache, wenn der Käufer in Zahlungsverzug gerät.

> Kann der Verkäufer - bei beiderseitigem Handelsgeschäft - nach der AGB-Bestimmung die Ware zulässigerweise zurückverlangen (§ 985), so kann ihm bedenkenfrei auch das Recht zugestanden werden, die Weiterveräußerung oder Weiterverarbeitung zu untersagen oder die Übertragung des mittelbaren Besitzes zu verlangen.

II Unzulässigkeit der Klausel bei einseitigen Handelsgeschäften

Wird die 'Rücknahmeklausel' indessen auf Abzahlungsgeschäfte zwischen einem Lieferanten, der Kaufmann ist, und einem Nichtkaufmann angewandt, so erscheint die Rechtsgültigkeit keineswegs eindeutig. Die Zweifel ergeben sich wiederum aus Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes; in diesem Fall sind es die §§ 3 und 5 AbzG. Nach § 5 AbzG gilt die Rücknahme der Kaufsache durch den Verkäufer als Ausübung des Rücktritts. Nach der zwingenden Bestimmung des § 3 AbzG müssen im Falle des Rücktritts die beiderseits zurückgewährenden Leistungen Zug um Zug ausgetauscht werden. Nun ließe sich zunächst argumentieren, § 3 würde dann nicht zur Anwendung kommen, wenn der Rücktritt durch die einfache Rücknahme nach § 5 AbzG ausgelöst werde, so daß damit von einem Austausch der beiderseitigen Leistungen keine Rede mehr sein könne, da ja die zurückzugewährende Leistung des Käufers bereits erbracht sei. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch dem Schutzzweck des § 3 AbzG nicht gerecht [1]. Gerade bei rigorosem Vorgehen würden dem Verkäufer sich große Vorteile bieten und der Schutz des § 3 wäre für den Käufer illusorisch geworden. Darüberhinaus ist die allgemein anerkannte extensive Interpretation des § 5 AbzG zu berücksichtigen. Zur Auslösung des Rückgewährsschuldverhältnisses genügt schon die Erhebung der Herausgabeklage [2], ja sogar jedes ernsthafte Herausgabeverlangen [3]. Das bedeutet

---

1) Motive zum AbzG, abgedruckt bei Crisolli, Einleitung A 19
2) Klauss § 5 Anm. 386; Crisolli § 5 Anm. 83; Rühl S.261; RGZ 141,82
3) Klauss § 5 Anm. 388; Crisolli § 5 Anm. 85; Plum Anm. zu einem Urteil des RG JW 33, 910; a.A. Rühl, S.261; Lechner § 55 Anm. 13a

aber, daß schon zu diesem Zeitpunkt das Schuldverhältnis umgestaltet wird und die Vorschriften der §§ 1 bis 3 AbzG gelten. Der Verkäufer müßte also, wenn er die Rückgabe der Ware fordert, seinerseits die von ihm zurückzugebenden Leistungen anbieten. Diese Verpflichtung schließt der Verkäufer jedoch in seiner Klausel aus. Damit wird gegen die zwingende Vorschrift [1] des § 3 AbzG verstoßen.
Die Rücknahmeklausel ist daher bei Abzahlungsgeschäften mit Nichtkaufleuten unzulässig.

§ 20 Die Verwertungsklausel

Meist begnügt sich der Lieferant in seinen AGB mit einer Rücknahmeklausel, da er hierdurch i.a.R. hinreichend gegen Vermögensverluste gesichert ist. Bei leicht verderblichen Waren oder solchen, die mit fortlaufender Zeit immer mehr an Wert verlieren (Gebrauchtwagen z.B.) geht das Interesse des Unternehmers jedoch dahin, diese Gegenstände möglichst bald abzusetzen. Diese Bestrebungen des Lieferanten finden in 'Verwertungsklauseln', wie etwa dieser, Ausdruck:

> ' Der Verkäufer ist berechtigt, unbeschadet der Zahlungsverpflichtung des Käufers den wieder in Besitz genommenen Kaufgegenstand nebst Zubehör durch freihändigen Verkauf bestmöglich zu verwerten. Der Erlös nach Abzug der Kosten einschließlich der Verwertungskosten - die ohne besonderen Nachweis 15 % des Verkaufserlöses betragen - wird dem Käufer auf seine Gesamtschuld gutgebracht, ein etwaiger Übererlös wird ihm ausbezahlt' [2]

I Die 'Verwertungsklausel' im Vergleich zu ähnlichen Gesetzesregelungen (§ 326 BGB, § 373 HGB)

Die 'Verwertungsklausel' kann nicht mit der gesetzlichen Vorschrift des § 326 BGB verglichen werden. Allein durch die Be-

---

1) Klauss § 1 Anm. 131; Clemm S. 67
2) Die Klausel befindet sich insbes. häufig im Kfz-Handel.

stimmung, daß die Ansichnahme der Kaufsache und die Verwertung derselben durch den Verkäufer die Zahlungsverpflichtung des Käufers unberührt läßt, unterscheidet sich die 'Verwertungsklausel' grundlegend von § 326 BGB. Bei § 326 BGB erlischt der Erfüllungsanspruch sowohl mit Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung wie auch bei Erklärung des Rücktritts [1]. Bei der Suche nach einer rechtskonstruktiven Erfassung wäre allenfalls an eine zu § 326 entwickelte Lehre und Rspr. über die konkrete Schadensberechnung und den sogen. Deckungskauf zu denken [2]. Danach hat ein Verkäufer im Falle des Verzuges seines Abnehmers das Recht, die Kaufsache anderweit zu veräußern und sich den Unterschied zwischen dem ursprünglich vereinbarten und den beim Deckungskauf entrichteten Kaufpreis vergüten zu lassen. Allein diese Konstruktion ist im Grunde ein Problem der Schadensberechnung. Voraussetzung ist in allen Fällen, daß alle Voraussetzungen des § 326 erfüllt sind. Darüberhinaus geht es beim Deckungskauf um die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs, während nach der AGB-Klausel die Erfüllungsverpflichtung des Käufers bestehen bleibt, und der Erlös aus dem Deckungskauf dem Käufer auf seine Schuld nur gutgeschrieben wird.
Auch ein Vergleich mit der handelsrechtlichen Vorschrift des § 373 II HGB kann keine dieser Vorschrift im wesentlichen entsprechende Regelung feststellen. § 373 gilt zunächst nur bei Handelskäufen i.S. des HGB. Die Vorschrift behandelt darüberhinaus nur den Annahmeverzug, während es bei der zu behandelnden Klausel um den Zahlungsverzug geht. § 373 trägt den Sicherheitsinteressen des Käufers insofern mehr Rechnung, als hier eine Verwertung im Wege öffentlicher Versteigerung angeordnet ist. Daß in beiden die Verwertung auf Kosten des säumigen Käufers geht (vgl. § 373 III HGB), vermag keine Ähnlichkeit hinsichtlich der Bewertung der Interessenlage durch die Klausel und durch die gesetzliche Regelung des § 373 darzustellen. In unserer gesamten Rechtsordnung gilt der Grundsatz,

---

1) RGZ 107,347; RG HRR 1931,204; BGHZ 20,344; Soergel-Siebert-Schmidt § 326 Anm. 7
2) Clemm S.59; BGB-RGRK-Wilde § 325 Anm.1 a; Pal.-Danckelmann § 325 Anm.5 b; Enn.-Lehmann § 53 IV 1; RGZ 61, 281

daß derjenige die Kosten eines irgendwie an eine nicht rechtstreue Verhaltensweise geknüpften Verfahrens trägt, der den Eintritt dieses Verfahrens zu vertreten hat (vgl. etwa § 58 Ziff.1, 2 KO, § 105 VglO).

II Die rechtliche Wertung der Klausel

Die Verwertungsklausel läßt daher im wesentlichen keine Übereinstimmung mit gesetzlichen Rechtsbehelfen erkennen. Daß sich der Verkäufer vorbehält, den Kaufgegenstand freihändig zu veräußern, vermag die Klausel nicht rechtsunwirksam zu machen. I.a.R. wird der branchenkundige Verkäufer im Wege des freihändigen Verkaufs zu Gunsten des Käufers einen höheren Preis erreichen als in öffentlicher Versteigerung, in der erfahrungsgemäß die versteigerte Sache weit unter ihrem wirklichen Wert verschleudert wird. Gegen den Vorbehalt des freihändigen Verkaufs ergeben sich auch in den Fällen keine durchgreifenden Bedenken, in denen die Kaufsache keinen Markt- oder Börsenpreis hat. Zwar hat der Käufer bei Waren ohne Markt- und Börsenpreis keinerlei Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Angemessenheit des erzielten Verkaufserlöses. Im Regelfall wird jedoch der Käufer auch bei solchen Waren durch einen freihändigen Verkauf besser fahren als bei einer Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung. Der Verkäufer hat selbst ein starkes Interesse daran, die an sich genommenen Waren so teuer wie möglich zu veräußern, muß er doch fürchten, von dem in Verzug geratenen Käufer keinerlei Zahlung mehr zu erhalten. Bedenken muß jedoch die Abrede insoweit hervorrufen, als sie auf eine Benachrichtigung und Mahnung des Käufers verzichtet. Gerade bei Wirtschaftszweigen, die eine Verwertungsklausel in ihren AGB aufgenommen haben, wird in den allermeisten Fällen auf eine besondere Mahnung bei Überschreiten des Fälligkeitstermins verzichtet. Wenn auch ein gewisses schutzwürdiges Interesse des Verkäufers eine schleunige Weiterveräußerung der Ware fordert, so muß nach Treu und Glauben den Interessen des Käufers doch insoweit Rechnung getragen werden, als ihm, der vielleicht

aus Vergeßlichkeit den Fälligkeitstermin versäumt hat, eine gewisse Nachfrist zur Bezahlung des Kaufpreises zugebilligt wird oder ihm doch wenigstens eine Nachricht über Zeit, Ort und Art der Verwertung zugeht.
Andernfalls würde der Käufer sehr oft seines Lieferungsanspruchs verlustig gehen und dennoch dem Erfüllungsanspruch des Verkäufers -soweit nicht eine Befriedigung durch den Erlös der Verwertung eingetreten ist- ausgesetzt sein. Eine solche Rechtsfolge, geknüpft allein an nicht rechtzeitige Zahlung, erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Dem Verkäufer ist ein berechtigtes Interesse an Verwertung der zurückgenommenen Kaufsache nur insoweit zuzuerkennen, als der Käufer offenbar zur Zahlung des Restkaufpreises außerstande ist. Nur dann besteht ein schutzwürdiges Bedürfnis des Verkäufers, sich an dem Sachwert des Kaufgegenstandes zu befriedigen. Die offenbare Zahlungsunfähigkeit des Käufers wird aber allein dann mit hinreichender Sicherheit indiziert, wenn ihm der drohende freihändige Verkauf der Sache im Wege einer Mahnung oder einer Androhung der Verwertung angezeigt wird. Allein auf diese Weise kann ausgeschlossen werden, daß zahlungskräftige Käufer, die aus einer gewissen Nachlässigkeit heraus eine Zahlungsfrist versäumt haben, sich überraschend ihres Kaufgegenstandes entledigt und dem Restzahlungsverlangen des AGB-Aufstellers gegenüber sehen.
Die Klausel, die dem Verkäufer sofort nach Fälligkeit des Kaufpreises das Recht zur Rücknahme u n d anschließender Verwertung gibt, ist danach unzulässig [1].
Unzulässig ist ferner auch die der Klausel beigefügte Nebenbestimmung, daß dem Verkäufer in jedem Fall 15 % des Verkaufserlöses als Kostenersatz für die Verwertung zustehen. Ein Kostenersatz für die Verwertung ist sachlich nur insoweit gerechtfertigt, als dem Verkäufer bei der Verwertung auch tatsächlich Kosten entstanden sind. Durch die 15%-Klausel in Verbindung mit der Bestimmung, daß der Erfüllungsanspruch -

---

1) a.A. Clemm S.60; vgl. RGZ 128,257; 131,222

-gemindert durch den Verkaufserlös- durch die Verwertung unberührt bleibt, erzielt der Verkäufer einen zweimaligen Gewinn; er besitzt den ursprünglichen Erfüllungsanspruch und verdient überdies an der Verwertung. Bei einem Objekt von beispielsweise nur 4.000,- DM -z.B. ein gebrauchter VW- würde der Verkäufer 600,- DM Kostenersatz für die Verwertung beanspruchen können. Kosten in dieser Höhe werden tatsächlich kaum jemals entstanden sein. Die 15%-Klausel dient demnach allein einem nicht mehr zu billigenden, die Interessen des Käufers unberücksichtigt lassenden Gewinnstreben des Lieferanten.
Die Verwertungsklausel ist danach in ihrem gesamten Umfang unzulässig.
Ganz und gar unzulässig wäre die Verwertungsklausel dann, wenn sie für Abzahlungsgeschäfte mit Nichtkaufleuten Geltung beanspruchte. Allein die Unzulässigkeit der Rücknahmeklausel würde zur Unwirksamkeit der sich daran anschließenden Verwertungsklausel führen. Mit der Rücknahme ist jedoch gem. § 5 AbzG der Kaufvertrag spätestens erloschen. Eine Verwertung der Kaufsache, die auf die alte Kaufpreisforderung verrechnet werden soll, verstößt gegen diese zwingenden Grundsätze [1].

§ 21 Die Zahlungsverzugsklauseln für Abzahlungsgeschäfte mit Nichtkaufleuten

I.a.R. haben Lieferanten angesichts der zwingenden Regelungen des Abzahlungsgesetzes für Abzahlungsgeschäfte mit Käufern, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, Klauseln geschaffen, die den Erfordernissen des Abzahlungsgesetzes genügen sollen. Die Klauseln kommen am meisten in der Gebrauchtwarenbranche vor und lauten:

> ' Kommt im Falle eines Abzahlungsgeschäftes ein Käufer, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, mit zwei aufeinanderfolgenden Ratenzahlungen bzw. Wechseln oder Schecks ganz oder zum Teil in Verzug und beträgt die Summe, mit deren Zahlung er in Verzug ist, mindestens den zehnten Teil des Kaufpreises des Kaufgegenstandes, so wird der gesamte Restkaufpreis fällig. Der Verkäufer ist jedoch berechtigt, bei Aus-

---

1) Clemm S. 69

> bleiben auch schon einer Abzahlungsrate vom Vertrage zurückzutreten. Für den Fall des Rücktritts vom Vertrage infolge Nichterfüllung kann die Gebrauchsvergütung und der evtl. Ersatz für Beschädigungen, die der Käufer dem Verkäufer zu zahlen hat, verbindlich auch durch eine vom Verkäufer zu veranlassende Schätzung durch eine von ihm zu bestimmende Schätzungsstelle festgestellt werden. Die Gebrauchsvergütung und der Ersatz für Beschädigungen errechnen sich in diesem Fall aus der Differenz zwischen Verkaufs- und Schätzpreis.'

Um die Rechtsgültigkeit dieser Klausel zu bestimmen, ist ein Vergleich zu der gesetzlichen Regelung im AbzG zu ziehen. In ihrem ersten Satz enthält die Klausel eine Verfallklausel, wie sie mit gleichem Inhalt in § 4 II AbzG Ausdruck gefunden hat. Es ergeben sich des weiteren auch keine Bedenken gegen die Abrede, daß der Verkäufer berechtigt sein soll, im Falle der Nichteinlösung eines Schecks oder Wechsels oder bei Ausbleiben einer Abzahlungsrate vom Vertrage zurückzutreten. Das Abzahlungsgesetz verbietet nur von seiner Regelung abweichende Verfallabreden. Vereinbarungen über Rücktrittsrechte sind, weil beim Austausch der gegenseitigen Leistungen zu Gunsten des Käufers die Vorschriften der §§ 1 bis 3 AbzG gelten, für zulässig zu erachten [1].

I Die Gebrauchsüberlassungsvergütung nach der AGB- und der gesetzlichen Regelung

Zweifelhafter ist dagegen, ob sich auch die Regelungen bezüglich der Gebrauchsüberlassungsvergütung und des Ersatzes für Beschädigungen nach der gesetzlichen und der AGB-Regelungen decken. Die gesetzliche Regelung hierüber findet sich in § 2 AbzG. In welcher Weise allerdings die Berechnung der nach § 2 AbzG vom Käufer zu erbringenden Ersatzleistungen zu geschehen hat, ist Gegenstand lebhaften Streits [2].

---

1) Klauss, ABZG § 4 Anm.355; Chrisolli-Ostler § 4 Anm.59,30; Balandt-Gramm AbzG § 4 Anm. B 3 i.Vbdg.m. § 1 A 5 b aa; Erman-Weitnauer Klinsporn AbzG § 1 Anm. 4 c; incidenter auch Aubele § 4 Anm. 6 und Samter § 4 Anm.2

2) Samter,S.49,spricht von einer 'in Theorie und Praxis herrschenden einzigartigen Unklarheit'

Das RG [1] hat gem. § 287 ZPO für die Höhe der Gebrauchsüberlassungsvergütung die hierfür 'übliche' Miete entscheidend sein lassen. Der BGH geht grundsätzlich auch von dieser Meinung des RG aus [2]. Danach sei die Gebrauchsvergütung nach den Maßstäben zu berechnen, wie ein kaufmännisch denkender Vermieter die Berechnung vornehmen würde.
Diese Auffassung kann als ganz überwiegende H.M. angesehen werden, soweit es sich um Kaufobjekte handelt, die üblicherweise vermietet zu werden pflegen (z.B. PKW's). Die Gebrauchsüberlassungsvergütung stellt in ihrer Höhe den sonst üblicherweise zu zahlenden Mietzins dar [3], abzüglich der vom Käufer zu tragenden Kfz-Steuer, der Versicherungs- und Unterhaltungskosten. Dieser Berechnungsmodus, abstellend auf einen nach kaufmännischen Gesichtspunkten rechnenden Vermieter, kann jedoch dann zu groben Unzuträglichkeiten führen, wenn Kaufobjekte z.B. schwere LKW's sind. Objekte dieser Art werden i.a.R. nicht vermietet, da eine Vermietung entweder für den Vermieter oder den Mieter unrentabel wäre. Der von einem LKW-Vermieter nach kaufmännischen Gesichtspunkten als gerade noch tragbar empfundene Mietzins würde bei einem schweren Lastzug so hoch sein, daß sich kein Mieter fände [4]. Umgekehrt würde das Mietzinsangebot eines Mieters für den LKW-Eigentümer unrentabel sein. Der BGH schränkt deshalb seinen Grundsatz, daß die Gebrauchsvergütung nach der Preiskalkulation eines kaufmännisch denkenden Vermieters bemessen werden müsse, dahingehend ein, daß der vom Käufer üblicherweise zu ziehende Nutzen die Höchstgrenze der Gebrauchsüberlassungsvergütung bilden müsse. Das bedeutet praktisch, daß bei Objekten, bei denen es keine 'gewöhnlichen' Mietzinse gibt, sogleich auf das 'äußerste Angebot eines kaufmännisch denkenden Mietinteressenten' abgestellt werden kann, weil der vom 'Vermieter' kalkulierte Zins für den Mieter i.a.R. unrentabel wäre [5]. Dieser Einschränkung

---

1) RGZ 147,344
2) BGHZ 19,330
3) Klauss § 2 Anm. 199; Crisolli § 2 Anm. 74; Enn.-Lehmann § 118 C II 1; Hörle GruchBeitr. 55,207; BGHZ 19,330
4) Crisolli, AbzG § 2 Anm. 84 ff.
5) Clemm S. 76

des oben erwähnten Grundsatzes stimmt die Literatur zum größten Teil nicht zu [1]. Nach dieser Auffassung hat sich die Berechnung der Vergütung stets nach der Kalkulation eines geschäftlich denkenden Vermieters zu orientieren [2]. Demgegenüber wenden Crisolli und Janka [3] ein, daß nach der gesetzlichen Regelung der Käufer nur den Wert ersetzen solle, um den er objektiv bereichert sei. Es seien die Kosten zu ermitteln, die der Käufer unter gewöhnlichen Verhältnissen hätte aufwenden müssen, um in den Genuß des Gebrauchs der Sache zu kommen. Zur Ermittlung dieses Wertes sei der ursprüngliche Verkaufspreis und der zur Zeit des Rücktritts zu erzielende Preis der Kaufsache festzustellen. Der Unterschied zwischen beiden Werten zuzüglich des Betrages, den der Barkauf-preis bis zum Rücktritt an Zinsen erbracht hätte, sei vom Käufer zu ersetzen. Diese Auffassung würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß der Verkäufer üblicher Mietobjekte bei einem späteren Rücktritt relativ höhere Entschädigungen beanspruchen könne, als ein Verkäufer von Objekten, die nicht vermietet zu werden pflegen.Der Meinung von Aubele, Asch und Klauss ist der Vorzug zu geben. Sie vermeidet die sachlich nicht gebotene Unterscheidung von Kaufgegenstände, die vermietet zu werden pflegen und solchen, die kaum jemals Mietobjekt sind. Das Gesetz stellt in § 2 AbzG nicht auf den G e b r a u c h s w e r t der Sache ab -dann ließe sich eine Preiskalkulation aus der Sicht des Käufers vertreten- sondern auf den Wert der Ü b e r l a s s u n g des Gebrauchs. Das bedeutet, daß die Wertmaßstäbe aus der Sicht des Verkäufers angelegt werden müssen.
Als wesentliches, für die spätere Abwägung zwischen AGB-Klausel und gesetzlicher Regelung relevant werdendes Ergebnis ist daher festzustellen, daß der in § 2 AbzG genannte Wert der Überlassung des Gebrauchs aus der Sicht des Verkäufers heraus zu bestimmen ist. Dieser Wert beurteilt sich danach, wie ein

---

1) vgl. Aubele § 2 Anm. 16; Asch GruchBeitr. 73,31; Hörle GruchBeitr. 55,207; Klauss § 2 Anm. 201
2) Zur Frage, welche Posten die Kalkulation bestimmen s. Clemm S. 75
3) Crisolli AbzG § 2 Anm. 72,80 ff.; Janka BB 50,11 ff.

kaufmännisch kalkulierender Vermieter den Mietzins als einigermaßen rentabel festsetzen würde [1].

II Der Ersatz für Beschädigungen und Wertminderungen

Der Käufer hat im Falle des Rücktritts weiterhin Ersatz für eine evtl. Beschädigung der Kaufsache sowie für eine u.U. eingetretene Wertminderung zu leisten. Da in der AGB-Klausel eine diesbezügliche Regelung ebenfalls getroffen ist, sind die in § 2 AbzG verwandten Begriffe der Beschädigung und Wertminderung, sowie ihre Berücksichtigung im Rahmen des Rückgewährsschuldverhältnisses zu untersuchen. Einstimmigkeit besteht zunächst darüber, daß die durch den normalen Gebrauch herbeigeführte Verminderung des Wertes bereits in der Gebrauchsüberlassungsvergütung ihre Berücksichtigung findet [2]. Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, daß eine fabrikneue Sache nach kurzer Ingebrauchnahme dem Verkäufer zurückgegeben wird [3]. Ein fabrikneues KfZ. ist schon nach einer Fahrstrecke von 500 km kein 'neues' Auto mehr, sondern ein 'Gebrauchtfahrzeug'. Diese besondere Wertminderung fällt unter § 2 AbzG. Konjunkturelle Schwankungen dürfen bei der Wertminderung nicht berücksichtigt werden, da dies im Ergebnis auf einen Ersatz entgangenen Gewinns hinausliefe, den das AbzG bewußt ausschalten wollte [4]. Nach alledem kann nur die auf Abnutzung beruhende Wertminderung als besondere Wertminderung berücksichtigt werden [5]. Diese besondere Wertminderung darf, damit sie neben der Gebrauchsüberlassungsvergütung noch zu Gunsten des Verkäufers in Rechnung gestellt wird, nicht schon bei Berechnung derselben Berücksichtigung gefunden haben [6]. Im Ergebnis hat daher der nach dem AbzG erstattungspflichtige Käufer folgende Posten zu bezahlen [7].

---

2) Geßler-Hefermehl Einl. zu § 373; Klauss § 2 Anm. 214; RGZ 147 § 347; BGH 19,336; Pal.-Gramm AbzG § 2 Anm. 3 c
3) Aubele Anm. 2 zu § 17; RGZ 147, 353; 169,343
4) RGZ 138,34; Hörle GruchBeitr. 55, 205; Crisolli § 2 Anm. 79; Klauss § 2 Anm. 212
5) BGHZ 5, 376; Clemm S. 81
6) RGZ 138,32; 147,353; Geßler-Hefermehl Einf. vor § 373
7) vgl. Clemm S. 87
1) Clemm S. 77

a) Eine Gebrauchsüberlassungsvergütung, die sich zusammensetzt aus einer normalen abnutzungsbedingten Wertminderung zuzüglich einer Kapitalverzinsung zuzüglich eines Anteils an den allgemeinen Gechäftsunkosten zuzüglich eines,wenn auch geringen,Gewinns des 'Vermieters'.
b) Eine besondere Wertminderung wie z.B. den Verlust der Fabrikneuheit eines Kfz.
c) Wertminderung einer vom Käufer zu vertretenden Beschädigung der Kaufsache.

III Vergleich der gesetzlichen Rechte des Käufers nach dem AbzG und nach der AGB-Regelung

Vergleicht man diese Verpflichtungen des Käufers nach der gesetzlichen Regelung mit den ihm durch die AGB auferlegten, so ergibt sich folgendes Bild.
Besondere Wertminderungen (Verlust der Fabrikneuheit) wie auch Wertminderungen durch Beschädigungen werden wie nach der gesetzlichen Regelung für erstattungspflichtig bestimmt. Die normale Gebrauchsüberlassungsvergütung geht jedoch nach der AGB-Regelung nicht so weit wie nach dem Gesetz. Die Gebrauchsüberlassungsvergütung errechnet sich ja aus der Differenz zwischen altem Verkaufspreis und dem neu ermittelten Schätzpreis. In der Gebrauchsüberlassungsvergütung sind daher die den Käufer belastenden Posten der Kapitalverzinsung, des Anteils an den allgemeinen Geschäftsunkosten sowie des Gewinns des Verkäufers nicht berücksichtigt. Insofern stellt sich die AGB-Regelung sogar günstiger für den Käufer dar als § 2 AbzG. An der Rechtsgültigkeit der Klausel ist insofern daher nicht zu zweifeln.
Es gilt jedoch zu erkennen, daß die Klausel außer jenem unbestreitbaren Vorteil für den Kunden auch Nachteile bietet. Aus der Bestimmung, daß die Gebrauchsvergütung sich aus der Differenz des Verkaufs- und des Schätzpreises berechnet, folgt, daß auch Wertminderungen infolge konjunktureller Schwankungen erstattungspflichtig sind, was nach der gesetzlichen Regelung

nicht der Fall ist [1]. Weiterhin konstatiert die Klausel in Abweichung zu § 2 AbzG die Pflicht des Käufers zum Ersatz von Beschädigungen der Kaufsache, die auch ohne sein Verschulden an derselben entstanden sind.
Die Klausel wäre dann für rechtsgültig zu erachten, wenn die Vorteile, die sich für den Käufer daraus ergeben, daß bei der Gebrauchsüberlassungsvergütung die Rechnungsposten 'Kapitalverzinsung, Anteil an den allgemeinen Geschäftsunkosten, Gewinn für den 'Vermieter'' nicht einbezogen werden, die Nachteile aufwiegen würden, die sich daraus ergeben können, daß Wertminderungen durch konjunkturelle Schwankungen oder vom Käufer nicht zu vertretende Beschädigungen entstehen. Wertminderungen infolge der beiden letztgenannten Umstände kommen nach der Lebenserfahrung relativ selten vor. Die Klausel kommt besonders häufig im Kfz.-Handel vor. Vom Käufer nicht zu vertretende Beschädigungen ereignen sich daher meist im Straßenverkehr. Für den Fall, daß ein Dritter den Unfall verschuldet hat, entstehen dem Käufer im Ergebnis ohnehin keine Vermögensnachteile, weil die Versicherungsgesellschaft des Schädigers den Schaden zu ersetzen hat. Aber auch wenn höhere Gewalt den Unfall auslöst, haftet der Käufer wegen der ihm in den AGB i.a.R. zur Auflage gemachten Kasko-Versicherung nicht. Auch konjunkturelle Schwankungen werden für eine Wertminderung selten bedeutsam, weil sie einmal nicht sehr häufig auftreten, zum andern auch noch gerade in die Zeit zwischen Kaufabschluß und Rücktritt fallen müßten.
Es kann daher festgestellt werden, daß die AGB-Regelung in den allermeisten Fällen dem Käufer mehr Vorteile als Nachteile bietet.
Auch der Umstand, daß der Schätzpreis von einem vom Verkäufer auszusuchenden Schätzer festgesetzt werden soll, kann zu keiner anderen Betrachtung führen. Zwar wird der Verkäufer das Bestreben haben, einen Schätzer auszusuchen, der gebrauchte Kaufgegenstände ralativ schlecht bewertet. Im allgemeinen wird sich der Käufer dabei jedoch besser stehen, als wenn die Gebrauchsüberlassungsvergütung nach der gesetzlichen Regelung bestimmt

---

1) BGHZ 5,376

würde. Außerdem werden zu große Unterschiede in den Schätzungen der vereidigten Sachverständigen auch nicht vorkommen.
Die Klausel ist daher rechtsgültig. Dabei bleibt zu beachten, daß die Klausel in den Fällen, in denen die gesetzliche Regelung für den Käufer besser wäre, wegen der ausdrücklichen Vorschrift des § 2 I Satz 3 AbzG nicht angewandt werden kann [1]. In diesen Fällen bleibt es ohnehin bei § 2 AbzG.

IV Der Verzicht des Käufers auf die Einrede nach § 811 Ziff. 5 ZPO

Ebenfalls im Kfz.-Handel findet sich die Klausel:

> ' Kommt der Käufer seinen Verbindlichkeiten nicht nach und macht der Verkäufer den Eigentumsvorbehalt geltend, so kann in keinem Fall eingewendet werden, daß der Kaufgegenstand zur Aufrechterhaltung des Gewerbes dienen müsse.'

Der Sinn dieser AGB-Bestimmung ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Offenbar stellt die Klausel eine Beziehung zu § 811 Ziff. 5 ZPO her, denn nur dort spielt die Einwendung,daß der Schuldner einen Gegenstand zur Aufrechterhaltung seines Betriebes benötigt, eine Rolle. Wenn der Lieferant 'den Eigentumsvorbehalt geltend macht', ist die Klausel überflüssig, denn § 811 gilt nur für die Fälle der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung [2].
Bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, daß er den herauszugebenden Gegenstand zur Aufrechterhaltung seines Gewerbes benötige. Die Klausel in dem Sinn auszulegen, daß der Käufer die Einwendung auch nicht erheben dürfe, wenn der Verkäufer die Kaufpreisforderung einklagt und aus dem Zahlungstitel vollstreckt, verbietet schon der klare Wortlaut der Klausel 'und der Verkäufer den Eigentumsvorbehalt geltend macht'. Darüberhinaus wäre sie nach § 134 BGB nichtig. Das gesetzliche Verbot i.S. des § 134 BGB ist § 811 ZPO, nachdem ein Schuldner nicht

---

1) Clemm S.89
2) Baumbach-Lauterbach § 8-11 Anm. 1E; Stein-Jonas § 811 Anm. II 1

im voraus auf die Geltendmachung der Pfändungsbeschränkungen verzichten kann [1].

§ 22 Zahlungsverzugsklauseln, die sich an § 326 BGB orientieren

I Rücktritt des Verkäufers ohne Nachfrist

Nicht selten finden sich Klauseln, nach denen der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers ohne Nachfrist -und damit auch ohne Ablehnungsandrohung- vom Vertrag zurücktreten kann [2]. Die Befreiung von der Verpflichtung zur Nachfristsetzung steht im Gegensatz zu dem gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift des § 326, daß dem Schuldner beim gegenseitigen Vertrag eine letzte Chance zur Abwendung von Rücktritts- und Schadensersatzverpflichtungen gegeben wird [3]. Das Gesetz bewertet das Interesse des Schuldners an der Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung sehr hoch. Nur dann liegt eine wirksame Ablehnungsandrohung vor, wenn die Erklärung dem Schuldner eindeutige Klarheit darüber verschafft, wie sich der Gläubiger im Falle fruchtlosen Verstreichens der Nachfrist [4] verhalten wird. Eine Nachfristsetzung ist nur unter engen Voraussetzungen entbehrlich [5], so wenn z.B. der Schuldner die Erfüllung ernstlich und endgültig verweigert hat [6].
Die Freizeichnung von der Verpflichtung zur Nachfristsetzung ist daher eine erhebliche Beschneidung der schuldnerischen Rechte.
Andererseits ist dem Lieferanten ein sachlich anzuerkennendes Interesse zuzusprechen, von Verträgen mit offenbar zahlungsschwachen Abnehmern schnell loszukommen, um die Ware noch

---

1) Baumbach-Lauterbach § 811 Anm. 1 B; Stein-Jonas § 811 Anm. I 3
2) Solche Klauseln finden sich besonders in der Nahrungs- und Genußmittelindustrie, in der Mineralölverarbeitung und Kohlenverwertstoffindustrie, in der Chemischen Industrie und im Maschinenbau
3) Soergel-Siebert-Schmidt § 326 Anm. 22
4) Larenz I S.264 Anm. 4; Enn.-Lehmann § 53 II 1 b; BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm.11; Soergel-Siebert-Schmidt § 326 Anm. 17; RGZ 91, 164; RGLZ 1920, 708
5) BGB-RGRK-Wilde § 326 Anm. 12; Soergel-S.-S. § 326 Anm. 22
6) RGZ 93,285; Würdinger in HGB-RGRK Anh.374 Anm. 50

anderweit zu veräußern. Jenes schutzwürdige Interesse besteht indessen nur, wenn der Käufer wirklich allem Anschein nach zahlungsschwach ist. Den Anschein der Zahlungsunfähigkeit erweckt der Käufer jedoch nur dann, wenn ihm nach Fälligkeit der Kaufpreisschuld eine Mahnung zugegangen ist, denn nur dann ist die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Käufer aus Vergeßlichkeit die rechtzeitige Zahlung versäumt hat.
Ein Ausschluß des gesetzlichen Nachfristerfordernisses in AGB ist daher auf jeden Fall nur dann für zulässig zu erachten, wenn dem Käufer zum Verzugseintritt eine Mahnung zugehen muß. Verzichtet eine Klausel auf beide gesetzliche Erfordernisse, ist sie unzulässig. Die schutzwürdigen Belange des -zahlungsunfähigen- Käufers erfordern gebieterisch eine Aufklärung über den bevorstehenden Eintritt der Rechtsfolgen des Verzuges. Das kann durch eine Mahnung oder durch Setzen einer Nachfrist geschehen. Die Interessen des Lieferanten werden hierdurch nicht unbillig hintan gesetzt, zumal die einem Geldschuldner zuzubilligende Frist sehr kurz bemessen sein darf, da ein kreditwürdiger Schuldner sich sehr schnell Geld beschaffen kann. Andererseits würden, wollte man den Ausschluß vom Mahnungs- und Nachfristerfordernis für zulässig halten, dem Käufer schwerwiegende und ungerechtfertigte Nachteile drohen, würde sich doch ein etwas vergeßlicher Käufer schon einen Tag nach Fälligkeit den oft bedeutenden Verzugsfolgen ausgesetzt sehen. Eine solche Schmälerung der dem Käufer nach der gesetzlichen Regelung zustehenden Rechte ist aus den erörterten Gründen sachlich nicht gerechtfertigt und deshalb unzulässig.
Zulässige AGB-Klauseln müssen daher entweder eine Mahnung oder eine Nachfristsetzung als Mindesvoraussetzungen für den Eintritt der Verzugsfolgen aufstellen [1].

II Vorbehalt von Rechten im Hinblick auf alle laufenden Verträge

In nahezu allen Wirtschaftszweigen finden sich Klauseln, die dem Verkäufer im Falle von Zahlungsverzug des Käufers ein Recht zum

---

1) vgl. dagegen BGH-NJW 59,933; RGZ 96,255 ff.,257; Würdinger in HGB-RGRK § 376 Anm. 6

Rücktritt von allen laufenden Verträgen geben. Mit diesem Rücktrittsrecht behält sich der Veräußerer oft auch vor, Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung bezüglich dieser Verträge geltend zu machen. Im Stahl- und Waggonbau findet sich in einem Fall sogar die Abrede, daß es dem Verkäufer freistehe, welche Rechte -Schadensersatz oder Rücktritt- er bezüglich jedes einzelnen Vertrages ausüben will.

> 'Bei Zahlungsverzug ist der Verkäufer berechtigt, von allen Kaufverträgen, also auch von solchen, bei denen ein Zahlungsverzug nicht vorliegt, zurückzutreten, wobei es dem Verkäufer überlassen bleibt, Schadensersatz vom Käufer zu verlangen,'

Die Klausel ist so auszulegen, daß die Voraussetzungen des Rücktritts bezüglich des Vertrages, bei dem der Käufer in Zahlungsverzug gekommen ist, gegeben sein müssen (Nachfrist, Ablehnungsandrohung). Wenn nämlich der Lieferant in seinem AGB einen auch im Gesetz vorkommenden Tatbestand regelt und dabei sich der gesetzlichen Ausdrücke bedient ('Zurücktreten'), so bedeutet dies grundsätzlich, daß er nicht auf die Erfordernisse verzichtet, die das Gesetz als Voraussetzung zur Entstehung der Rechtsfolge festsetzt. Will aber der AGB-Aufsteller auf jene Erfordernisse verzichten, so muß er dies eindeutig tun. Daß in der Klausel eindeutig auf das Erfordernis einer Nachfristsetzung verzichtet wird, läßt sich aus ihr nicht sicher entnehmen.
Das Gesetz gestattet die Ausübung von Rücktritts- und Schadensersatzrechten in § 326 nur, wenn bezüglich des Vertrages, von dem zurückgetreten werden soll, auch die Voraussetzungen des § 326 beachtet sind. Das gleiche gilt für Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung.

1) Rücktrittsrechte hinsichtlich aller laufenden Verträge

Bei der Untersuchung dieser Rechte des Lieferanten ist von dem Rücktrittsvorbehalt bezüglich aller laufenden Verträge auszugehen [1]. Dem Lieferanten ist ein sachliches Interesse an dem Vorhalt eines umfassenden Rücktritts nicht abzusprechen. Wie schon an anderer Stelle ausgeführt, deutet Zahlungsverzug eines Geschäftsmannes, noch dazu, wenn ihm zur Bewirkung der Leistung

1) Die Klauselbestimmung findet sich in nahezu allen untersuchten Wirtschaftszweigen

eine angemessene Nachfrist gewährt wurde und diese fruchtlos abgelaufen ist, auf eine schlechte Vermögenslage des Käufers hin. Der Verkäufer muß jetzt um die Erfüllung jeder einzelnen Zahlungsverpflichtung aus den laufenden Verträgen fürchten. Ein umfassendes Rücktrittsrecht würde ihn dieser Nöte beheben. Zweifelhaft ist indessen, ob eine so einschneidende Maßnahme wie der Rücktritt von allen laufenden Verträgen erforderlich zur Wahrung jener schutzwerten Interessen des Lieferanten ist. Man könnte daran denken, daß der Vorbehalt eines Zurückbehaltungsrechts und einer Vorauszahlungspflicht des Käufers bei Bezug jeder weiteren Lieferung ausreichte. Dabei würde jedoch der Lieferant in vielen Fällen mit den Mühen und Kosten langdauernder Lagerungen und ständiger Bereitschaft zur Auslieferung belastet werden, denn sehr oft wird eine Sanierung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Käufers, wenn sie überhaupt eintritt, lange Zeit dauern. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß der Lieferant diesen mißlichen Zustand auch wiederum dadurch beseitigen könnte, daß er bezüglich jedes fälligen Vertrages die ihm nach § 326 zustehenden Rechte ausübt. Aber auch dieser Weg ist insbesondere bei mehreren Verträgen mit verschiedenen Fälligkeitsterminen nicht gerade einfach. Ein sachlich gerechtfertigtes Interesse wäre dem Lieferanten daher bei dem Vorbehalt eines allseitigen Rücktrittsrechts durchaus zuzusprechen. Gleichwohl wäre zur Gültigkeit der Abrede jedoch erforderlich, daß der Käufer durch die Freistellung von allen Verträgen nicht unzumutbar hart getroffen wird. Diese Sorge ist jedoch i.a.R. nicht begründet. Der zahlungsschwache Geldschuldner wird in den allermeisten Fällen ohnehin die auf ihn zukommenden Verpflichtungen nicht rechtzeitig erfüllen können. Durch § 326 könnte sich der Verkäufer also ohnehin ein Rücktrittsrecht verschaffen. Im übrigen kann für den Käufer die Befreiung von ihn belastenden weiteren Verpflichtungen durchaus willkommen sein. Selbst wenn er aber in kurzer Zeit wieder kapitalstark sein sollte, kann die Klausel ihm nur in den seltensten Fällen Schaden zufügen, denn i.a.R. wird der Verkäufer, wenn der Käufer ihm ein Vertragsangebot mit Zug-um-Zug-Leistung macht, mit diesem neu

kontrahieren. Auch rechtsdogmatische Schwierigkeiten sprechen nicht gegen die Zulassung des allgemeinen Rücktrittsrechts. Zwar kann gem. § 346 BGB ein vertragliches Rücktrittsrecht nur hinsichtlich des Vertrages vereinbart werden, in dem das Rücktrittsrecht selbst vorbehalten wird [1]. Es würde demnach nicht genügen, wenn der Lieferant sich lediglich in e i n e m von mehreren Verträgen ein Rücktrittsrecht in Bezug auf alle Verträge vorbehielte, die er mit einem Kunden abschlösse. Gerade dies ist jedoch nicht der Fall. Der Lieferant, der seinen Verträgen AGB zugrunde legt, schließt jeden Vertrag unter Geltung der AGB ab. Inhalt jedes Vertrages ist sonach die Klausel, daß der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers das Recht hat, von dem jeweiligen Vertrag und allen übrigen Verträgen zurückzutreten. In jedem Vertrag hat sich also der Lieferant ein Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten, daß der Käufer bezüglich eines Vertrages in Zahlungsverzug gerät. Vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus ist es unschädlich, daß das Rücktrittsrecht für den Fall vorbehalten wird, daß der Käufer in Bezug auf einen anderen Vertrag in Zahlungsverzug gerät. Welcher Umstand dem Berechtigten ein Recht zum Rücktritt gibt, ist grundsätzlich Sache der Vertragsparteien. Ein zum Rücktritt berechtigender Grund kann daher auch Zahlungsverzug des Käufers bezüglich eines anderen Vertrages sein.

2) Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich aller laufenden Verträge

Kann sonach die allseitige Rücktrittsvorbehaltsklausel für rechtsgültig anerkannt werden, so erscheint die Klausel, die dem Lieferanten im Falle des Zahlungsverzuges des Bestellers das Recht gibt, bezüglich aller Verträge Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wesentlich bedenklicher. Diese Klausel ist durch schutzwürdige Sicherheits- oder Rationalisierungsinteressen des Lieferanten nicht gedeckt, denn bei dem Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht es dem Lieferanten allein darum, aus allen ihm bedenklich erscheinenden Verträgen noch den Gewinn zu ziehen.

---

1) BGB-RGRK-Wilde § 346 Anm.1; Erman-Westermann § 346 Anm. 1

Nun ist allerdings keineswegs jede in AGB zu Tage tretende Dokumentation unternehmerischen Gewinnstrebens unzulässig. Das Streben nach wirtschaftlichem Gewinn vielmehr ist der legale Sinn eines jeden Handelsgewerbes [1]. Unzulässig wird das Gewinnstreben erst dann, wenn der Unternehmer sich unverhältnismäßige Vorteile einseitig auf Kosten des sozial schwächeren Kunden vorbehält [2].

Eine Schadensersatzpflicht hinsichtlich mehrerer Verträge würde den Käufer außerordentlich hart treffen. Insbesondere bei nur vorübergehenden Zahlungschwierigkeiten würde die Summe der plötzlich auf ihn zukommenden Schadensersatzverpflichtungen für den Käufer der Ruin bedeuten. Für eine so schwerwiegende Beeinträchtigung der Belange des Käufers stehen dem Lieferanten keine ausreichenden sachlichen Rechtfertigungsgründe zur Seite. Wenn ihm im Ergebnis die Schadensersatzansprüche auch nicht genommen werden sollen, so erfordert doch ein Minimum an Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners, daß der ohnehin scharfe Rechtsbehelf nur dann dem Gläubiger zu Gebote steht, wenn die konkrete vertragliche Forderung, wegen derer Schadensersatz verlangt wird, auch fällig ist, und -grundsätzlich- die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (§§ 284,326 BGB). Die Interessenlage ist bei einem Vorbehalt umfassender Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung eine wesentlich andere wie bei dem Rücktrittsvorbehalt hinsichtlich aller laufenden Verträge. Durch ein Rücktrittsrecht von allen Verträgen will sich der Lieferant davor schützen, -meist vorzuleistende- Lieferungen auszuführen, deren Bezahlung wegen der schlechten Vermögenslage des Käufers zweifelhaft ist. Diese Schutzbestrebungen verfolgt der Lieferant nicht, wenn er in seinem AGB bestimmt, daß bei Zahlungsverzug des Käufers hinsichtlich eines Vertrages Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich aller Verträge gefordert werden könne. Bei dieser Klausel richtet sich das Interesse des Lieferanten allein darauf, aus sämtlichen mit dem Käufer abgeschlossenen Geschäften auf dem bequemsten und ungefährlichsten Wege noch den Gewinn zu ziehen, indem er nämlich einerseits nicht hinsichtlich jedes Vertrages Schadens-

---

1) Schlegelberger-Hildebrandt 1.Band Einleitung Anm. 23; RGZ 138, 16
2) Geßler-Hefermehl § 346 Anm. 27

ersatz nach Maßgabe des § 326 fordern muß, andererseits für ihn das Risiko wegfällt, im Wege gegenseitiger Erfüllung der Verträge Bezahlung zu erhalten, um auf diese Weise sein Erfüllungsinteresse zu befriedigen.
Wie schon angedeutet, trifft die Klausel den Käufer außerordentlich hart. Insbesondere in Fällen, in denen der Käufer die übrigen mit dem Lieferanten abgeschlossenen Verträge pünktlich erfüllen könnte, wird dem Käufer ein unzumutbares Opfer abverlangt, wenn er von jeder Belieferung ausgesperrt wird und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zahlen muß. Dem Verkäufer steht auch kein sachlich gerechtfertigtes Interesse für eine solche Klausel zur Seite. Wenn ein Käufer in Zahlungsverzug gerät, geht ein sachlich anerkennenswertes Interesse des Lieferanten nur dahin, aus den abgeschlossenen Verträgen keinen Schaden zu erleiden, indem der Käufer erhaltene Waren möglicherweise nicht bezahlt. Aus diesem Grunde ist die Klausel, die dem Lieferanten ein Rücktrittsrecht von allen abgeschlossenen Verträgen gibt, gerechtfertigt. Jene hinter der Rücktrittsklausel stehenden Schutzinteressen verfolgt der Lieferant jedoch nicht, wenn er hinsichtlich jedes Vertrages Schadensersatz fordert. Die Schadensersatzklausel ist vielmehr Ausdruck einseitigen Gewinnstrebens. Sie ist sachlich nicht gerechtfertigt, denn dem Lieferanten wäre es ohne Beeinträchtigung seiner Vermögensinteressen möglich, nur hinsichtlich jedes einzelnen Vertrages Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 326 im Hinblick auf den einzelnen Vertrag gegeben sind.

Die Klausel, die dem Lieferanten bei Zahlungsverzug des Käufers hinsichtlich eines Vertrages Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllens in Bezug auf alle laufenden Verträge zubilligt, ist daher unzulässig.

Nichts anderes kann für die Klausel gelten (Stahl- und Waggonbau), die dem Lieferanten für jeden einzelnen Vertrag freistellt, Rücktritt oder Schadensersatz zu verlangen. Wie soeben ausgeführt, müssen es sachlich gerechtfertigte Schutzinteressen des Lieferanten erfordern, daß ein Zahlungsverzug des Käufers hinsichtlich eines Vertrages auch Rechtsfolgen im Hinblick auf die anderen laufenden Verträge herbeiführt. Diese schutzwürdigen

Interessen bestehen für den Lieferanten, wenn er sich ein umfassendes Rücktrittsrecht vorbehält, sie fehlen, wenn er in seinem AGB Schadensersatzansprüche in Bezug auf Verträge begründet, hinsichtlich derer kein Zahlungsverzug des Käufers gegeben ist.
Nach der Klausel hat der Lieferant die Möglichkeit, bezüglich aller Verträge Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Diese Rechtsfolge wird er in aller Regel auch wählen, weil ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Gegensatz zum Rücktritt noch einen wirtschaftlichen Gewinn verspricht.

Da somit die Klausel für den Käufer dieselben Gefahren mit sich bringt wie die Klausel, nach der der Lieferant stets nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Bezug auf alle Verträge fordern kann , ist auch sie unzulässig.

§ 23 Einzelne Zahlungsverzugsklauseln

In allen Wirtschaftszweigen wird man einen Verzugseintritt bei dem Käufer das Recht des Verkäufers geknüpft, für alle noch ausstehenden Lieferungen Vorauszahlungen oder Sicherheitsleistungen zu fordern. Dem Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung wird dabei immer der Umstand gleichgestellt, daß nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des Käufers eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Diese letzte Variante hat auch im Gesetz in § 321 BGB ihren Niederschlag gefunden.Der Vorbehalt der Einrede nach § 321 für den Fall bloßen Zahlungsverzuges des Käufers wäre infolgedessen ohne Bedenken rechtsgültig, wenn diese beiden Fälle sich im wesentlichen ähnelten.
Wie schon an anderer Stelle ausgeführt, deutet bei einem Kaufmann Zahlungsverzug fast immer auf eine gewisse Zahlungsschwäche hin. Daher werden sehr oft die Umstände, die zum Zahlungsverzug des Käufers führten, gleichzeitig solche sein, die auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 321 erfüllen. Aber auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, bestehen keine ernsthaften Bedenken gegen die Gleichbehandlung beider Fälle.

Der Verzicht des Verkäufers auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§32o) kommt i.a.R. wirtschaftlich einer Kreditgewährung gleich [1]. Ein Zahlungsverzug, sei er auf Zahlungsunfähigkeit oder böswilliger Zahlungsverschleppung zurückzuführen, macht dem Verkäufer die Vorleistung genau so unzumutbar, wie wenn der gesetzlich geregelte Fall des § 321 vorläge. Der BGH [2] hat ausdrücklich ausgesprochen, daß § 321 unter Heranziehung von Treu und Glauben auch auf andere Fälle anwendbar ist [3].
Danach ist die Klausel bedenkenfrei, die dem Verkäufer im Falle des Zahlungsverzuges des Käufers das Recht gibt, bei weiteren Lieferungen Vorauszahlung oder Sicherheitsleistung zu fordern. Dieses Sicherheitsbestreben ist auch dann schutzwürdig, wenn der Verkäufer, wie es oft geschieht, sich nicht nur Vorauszahlung für den gerade nicht pünktlich bezahlten Vertrag vorbehält, sondern für alle laufenden Verträge.

In vielen Wirtschaftszweigen findet sich im Zusammenhang mit der Zahlungsverzugsregelung eine ' Überwachungsklausel' :

> ' Weiterhin ist der Verkäufer berechtigt, sich an Ort und Stelle im Betrieb des Käufers davon zu unterrichten, ob und wieviel Eigentumsvorbehaltsware des Verkäufers vorhanden ist.'

Bei der Prüfung der Rechtsgültigkeit ist von der gesetzlichen Vorschrift des § 445 BGB auszugehen, nach der der Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache bei Zahlungsverzug des Käufers dieselbe zurücknehmen darf. Der Sicherung dieses Anspruchs dient jene 'Überwachungsklausel'. Der Lieferant will der Gefahr vorbeugen, daß der Käufer etwa nicht alle Waren herausgibt, weil sie angeblich bereits verkauft sind.
Die Überprüfung des Lagerbestandes des Käufers kann jenem auch nicht irgendwelche wirtschaftlichen Nachteile zufügen, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß ein 'Herumschnüffeln' in den Lagerbeständen seitens der Beauftragten des Lieferanten von jedem seriösen Kaufmann als ehrenkränkend empfunden werden muß.

Solche Erwägungen vermögen jedoch nicht, die Rechtsunwirksamkeit der Klausel herbeizuführen. Entscheidendes Kriterium bleibt die Feststellung, ob der Käufer in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit unzumutbar beeinträchtigt wird. Das muß für die 'Überwachungsklausel' verneint werden.
Sie ist daher rechtsgültig.

Lebenslauf

Ich bin am 19.11.1938 als erster Sohn des Kaufmanns Heinz Siepmann und seiner Ehefrau Irma in Helmstedt geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Jahre 1950 verzogen keine Eltern von Helmstedt nach Gelsenkirchen. Ich schied infolgedessen aus der Quinta des helmstedtischen Jungengymnasiums aus und wurde in die ranggleiche Klasse des Grillo-Gymnasiums in Gelsenkirchen aufgenommen.

Das Grillo-Gymnasium besuchte ich bis zum Abitur am 6. März 1958, wobei ich mich in Untertertia für den mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig dieser Lehranstalt entschied.

Im Mai 1958 begann ich an der Universität Münster das Studium der Rechtswissenschaft. Unmittelbar nach dem 7. Semester meldete ich mich zum 1. juristischen Staatsexamen, das ich am 18. Dezember 1961 beim Oberlandesgericht in Hamm/Westf. bestand.
Seit dem 1. März 1962 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Druck: Gerd Wasmund, Köln, Dasselstraße 24, Telefon 230222